Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag (B. G. B. § 675).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Emil Höchstädter

aus Kitzingen,

Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht Kitzingen.

Approbiert am 5. März 1905.

Kitzingen a. M.

Buchdruckerei Meschett & Hissiger.

1905.

5

Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- und Werkvertrag (B. G. B. § 675).

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Emil Höchstädter

aus Kitzingen,

Rechtspraktikant am kgl. Amtsgericht Kitzingen.

Approbiert am 5. März 1905.

Kitzingen a. M.

Buchdruckerei Meschett & Hissiger.

1905.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0072

Literaturverzeichnis.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches und Einführungsgesetzes, Berlin 1896.

Bormann, Beiträge zur Erklärung der Geschäftsbesorgung in § 675 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Göttinger Diss. 1901.

Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, Jena 1903.

Corpus iuris civilis; herausgegeben von Mommsen, Berlin 1893.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. I, 3. und 4. Aufl., Jena 1900, 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen, 1897.

—, System des Deutschen Bürgerlichen Rechtes, Bd. II, Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, 1. und 2. Aufl., Halle a. S. 1901.

—, Pandekten, 2. Aufl., Berlin 1889.

Düringer und **Hachenburg**, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. II., Mannheim 1901.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Lieferung, 1. und 2. Aufl., Berlin 1903.

—, in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. XXXXVIII, 1. und 2. Heft, Seite 352 ff.

F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903.

W. Endemann, Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, Jena 1896.

Enneccerus und **Lehmann**, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 2. Aufl., Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes (zit.: R. G.).

Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl., München 1904.

Goldmann und **Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903.

Gutachten aus dem Anwaltsstand zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im B. G. B., Mannheim 1898.

Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 7, Berlin 1898.

Heinsheimer, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Karlsruhe 1901.

Hellwig, Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben, Berlin 1905.

—, Verträge auf Leistung an dritte, Leipzig 1899.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem B. G. B., Jena 1904.

Jahrbuch des Deutschen Rechtes, herausgegeben von Hugo Neumann, 1. und 2. Jahrg.

Jäger, Konkursordnung, 1. und 2. Aufl., Berlin 1902, 1904.

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechtes, Bd. XXXXIV, 1. bis 3. Heft.

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. XXXXIV, 1. bis 3. Heft.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Berlin 1899.

—, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Teil, Berlin 1899.

Laband, „Zum II. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. LXXIV, S. 1 ff.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, Leipzig 1902.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl., Berlin 1900.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.

Michaelis, Der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 des B. G. B., Rostocker Diss. 1902.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II, amtl. Ausg., Berlin 1896.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl., Berlin 1903.

—, in Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 12. Jahrg., No. 1 S. 31 ff.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I und II, 2. Aufl., Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

Recht, das, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von H. Th. Soergel, Jahrg. 1900—1904.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1900.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches, Erlangen 1898.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin 1904.

Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 9. Aufl., München 1904.

Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 1903.

Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, Berlin 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 1. Aufl., München 1901.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechtes, Jahrg. 1—3.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 8. Aufl., unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechtes bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt a. M. 1900.

Zusammenstellung gutachtlicher Äußerungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. II.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung 1

I. Teil:

Der Begriff der Geschäftsbesorgung.

1. Kapitel:

§ 2. Geschichte des § 675 B. G. B. 4

2. Kapitel:

§ 3. Ist Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675, 677 gleichbedeutend? 8

§ 4. Der Begriff der Geschäftsbesorgung nach Ansicht des Verfassers 13

3. Kapitel: Die in der Literatur über den Begriff der Geschäftsbesorgung herrschenden Ansichten.

§ 5. Hellwig, Lenel, Kipp, Schollmeyer 22

§ 6. Staub, Eck, Matthiaß, Enneccerus, Siméon 23

§ 7. Cosack, Isay, Heinsheimer, Oertmann, Staudinger, Crome 27

§ 8. Dernburg 34

§ 9. Lotmar, Jäger, Hellmann, Goldmann-Lilienthal, Planck Bernau 36

§ 10. Riezler, Endemann, Kuhlenbeck, Neumann, Brückmann 43

§ 11. Hachenburg 45

II. Teil:

Die rechtliche Behandlung der Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung.

4. Kapitel:

§ 12. Die Anwendung der Vorschriften des Dienst- und Werkvertrages auf die Verträge des § 675 47

5. Kapitel: Die Anwendung der Auftragsvorschriften auf die Verträge des § 675.

§ 13. Die Anzeigepflicht des § 663 53

§ 14. Die Pflichten des Geschäftsbesorgers (B. G. B. §§ 665 bis 668) 59

§ 15. Pflichten des Geschäftsherrn (§§ 669, 670) 67

§ 16. Beendigung der Verträge des § 675 (B. G. B. §§ 671 Abs. 2, 672—674; K. O. § 23 Abs. 2) 71

Einleitung.

§ 1.

„Auf einen Dienstvertrag oder einen Werk-
„vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegen-
„stande hat, finden die Vorschriften der §§ 663, 665
„bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten
„das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kün-
„digungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften
„des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung"
(B. G. B. § 675).

Durch die Einstellung dieses Paragraphen hat die Systematik der Arbeitsverträge des Bürgerlichen Gesetzbuches gleichzeitig eine Verbesserung wie eine Verschlechterung erfahren.

Man hat dem Gesetz mit Recht zum Vorwurf gemacht[1]), daß es die einzelnen Arbeitsverträge, ohne sie, wie es ihre Verwandtschaft erforderte, einem gemeinsamen Oberbegriffe zu unterstellen, den vorangehenden Verträgen (Miete, Leihe, Darlehen), von denen sie sich doch ihrem Wesen nach scharf unterscheiden, angereiht und ihren inneren Zusammenhang in keiner Weise berücksichtigt hat. Diesen letzteren Vorwurf hebt nun § 675 einigermaßen auf. Mit § 675 hat das Bürgerliche Gesetzbuch wenigstens einem Teil der Arbeitsverträge der

[1]) W. Endemann, die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, S. 78 ff. F. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. I, S. 1079.

verschiedenen im übrigen getrennten Gruppen in gewissen Fragen eine einheitliche Regelung gegeben.[1]) Einer systematischen Anordnung des Rechtsstoffes hätte es freilich besser entsprochen, wenn die in § 675 angezogenen Rechtsregeln als eine Art allgemeiner Teil den zu einer besonderen Gruppe etwa unter dem Begriff „Arbeitsvertrag" zusammengefaßten einzelnen Vertragstypen vorangestellt worden wären; zum mindesten wäre mit Rücksicht auf die Seltenheit unentgeltlicher Geschäftsbesorgung die Aufstellung der gemeinsamen Vorschriften beim Dienstvertrag bezw. Werkvertrag, wenn auch nur im Wege der Vorverweisung, angebracht gewesen. Daß statt dessen § 675 sich am Ende der Auftragslehre findet, ist in der Entstehungsgeschichte der Gesetzesstelle begründet.

§ 675 scheidet die Dienst- und Werkverträge in zwei Gruppen: Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung und gewöhnliche Dienst- und Werkverträge. Diese Zweiteilung, die noch dadurch an Bedeutung gewonnen hat, daß sie sich auch im H. G. B. § 362 findet und durch § 23 Abs. 2 auch in die Konkursordnung hineingetragen ist,[2]) ist für die Lehre der Arbeitsverträge äußerst verhängnisvoll geworden, da das Gesetz, wie die Materialien dem Begriff der Geschäftsbesorgung die wichtige Eigenschaft eines Unterscheidungsmerkmals beilegen, in keiner Weise aber denselben erklären. Die Rechtswissenschaft ist darauf angewiesen, aus dem Ausdruck „Geschäftsbesorgung" und aus der Behandlung der Geschäftbesorgungsverträge sowie aus der Geschichte der negotiorum gestio und des Mandates den Begriff der Geschäftsbesorgung festzustellen. Es ist indes bis heute noch nicht gelungen, eine in allen

[1]) F. Endemann, a. a. O. S. 1079/80.

[2]) Vergleiche auch H. G. B. § 354, sowie die Gegenüberstellung der „Ausführung von Arbeiten" bezw. „Dienstleistungen" und der „Geschäftsbesorgung" im B. G. B. § 196 No. 1 u. 7.

Beziehungen befriedigende Definition zu geben, § 675 darf noch immer der dunkelste Punkt in der Lehre von den Arbeitsverträgen genannt werden,[1]) und es möchte Oertmann wohl auch für die nächste Zukunft recht behalten, wenn er sagt, eine Abgrenzung sei derzeit kaum zu vollziehen.[2]) Es kann sich deshalb nur darum handeln eine Auslegung zu finden, welche den den Gesetzgebern selbst offensichtlich nicht völlig klaren[3]) Intentionen des Gesetzes möglichst nahe kommt und den Bedürfnissen der Praxis möglichst gerecht wird.

Im folgenden soll in einem ersten Teil nach einer kurzen Darstellung der Geschichte des § 675 die eigene Ansicht des Verfassers über den Begriff der Geschäftsbesorgung vorgetragen werden. Daran soll sich eine Erörterung der in der Literatur über diese Frage vertretenen Anschauungen anschließen. In einem zweiten Teil wird die rechtliche Sonderbehandlung der Geschäftsbesorgungsverträge besprochen und dabei versucht werden, die vom Verfasser zu Grunde gelegte Definition der Geschäftsbesorgung aus der besonderen gesetzlichen Regelung der Verträge des § 675 soweit als möglich zu rechtfertigen.

[1]) Jäger, Kommentar zur Konk.-Ordg., zu § 22 Anm. 10.

[2]) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 1b zu § 675; vgl. auch F. Endemann a. a. O. S. 1081 Anm. 23.

[3]) Hierin, daß die zweite Kommission selbst es absichtlich vermied, über den Begriff der Geschäftsbesorgung sich völlig klar zu werden, liegt das erregende Moment und die Hauptschwierigkeit der ganzen Frage.

I. Teil.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung.

1. Kapitel.

§ 2.

Geschichte des § 675 B. G. B.

Mandatum nisi gratuitum nullum est: war unbestrittener Grundsatz des älteren römischen Rechtes.[1]) Die fortschreitende wirtschaftliche Entwicklung machte denselben praktisch unhaltbar. Man suchte den Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und zugleich das Wesen des Auftrages als eines Vertrages ex officio atque amicitia rein zu erhalten, indem man das Versprechen eines durch cognitio extraordinaria einklagbaren honorarium als mit dem Auftrag vereinbar anerkannte.[2]) Der Auftragsbegriff des späteren römischen Rechtes fand mit der Reception auch in Deutschland Eingang, doch verblaßte mehr und mehr der Gedanke der prinzipiellen Unentgeltlichkeit des Mandates. Damit wurde die Grenze zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag einerseits und Auftrag anderseits verwischt, dasselbe Rechtsverhältnis wurde bald in die eine bald in die andere Kategorie eingestellt.[3])

[1]) l. 1 § 4 D. 17. 1.

[2]) l. 7, 6 pr. D. 17. 1.

[3]) Riezler, der Werkvertrag nach dem B. G. B., S. 73.

Dieser Unsicherheit und Verschwommenheit der Begriffe ist der erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches durchaus nicht klärend entgegengetreten. Der Entwurf kennt in den §§ 685, 686 einen Auftrag, der ebensogut entgeltlich wie unentgeltlich sein kann. Für die Abgrenzung des Auftrags von den Dienst- und Werkverträgen boten diese Gesetzesstellen keinen Anhaltspunkt. Die Motive[1]) sprechen zwar davon, daß durch die Verwendung der Ausdrücke „Auftrag", „Geschäft" und „besorgen" klar gestellt sei, daß der Auftragsvertrag ein anderer Vertrag sei als der Dienstvertrag, allein damit war für die Abgrenzungsfrage in Wirklichkeit nichts geschehen, da die Motive es ausdrücklich ablehnen, den Ausdruck „Geschäft" klarzulegen.

Diese Aufgabe entziehe sich, sagen sie, der Erledigung durch das Gesetz, sie falle in das Gebiet der Wissenschaft, der auch ohne Besorgnis ihre Lösung überlassen werden könne. Für das Gesetz genüge es, daß durch die Fassung der einleitenden §§ 685, 686 einerseits auf die zwischen Arbeitsvertrag und Dienstvertrag bestehende Verschiedenheit hingewiesen, anderseits der Ergründung und Feststellung dieser Verschiedenheit durch die Wissenschaft und Praxis nicht der Weg versperrt sei. Zu dem Wort „Geschäft" bemerken die Motive noch weiter, dasselbe lasse nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und nach der Sprache des Entwurfes insbesondere nicht die Deutung zu, als ob darunter nur Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäfte zu verstehen seien, eine bloß tatsächliche Dienstleistung also nicht gemeint sei. Eine und dieselbe Handlung könne bald Gegenstand eines Auftragsvertrages bald eines Dienstvertrages sein.

Diese Behandlung des Auftrages im Gesetzentwurfe und in den Motiven, die den lebhaftesten Widerspruch

[1]) Mot. II, S. 527.

der Kritik hervorrief,[1]) erfuhr durch die II. Kommission eine wesentliche Verbesserung. Durch Erhebung der Unentgeltlichkeit zum Begriffsmerkmal des Auftrages wurde von ihr ein sinnfälliges Unterscheidungsmerkmal des Mandates gegenüber den übrigen Arbeitsverträgen geschaffen. (II. Entw. § 593, Bundesratsvorlage § 649.) Die Abgrenzungsfrage war damit prompt und sicher erledigt. Allein dieser Gestaltung des Auftragsrechtes haftete, weil der Abgrenzung des Mandates ein rein äußerlicher Gesichtspunkt zu Grunde lag, ein wesentlicher Mangel an. Es gab ohne Zweifel nunmehr eine Reihe von Verträgen, auf welche die Auftragsregeln offenbar anwendbar waren, welche aber als vollkommen zweiseitige Verträge nicht als Aufträge behandelt werden konnten. In richtiger Erkenntnis der Unhaltbarkeit dieses Zustandes nahm die II. Kommission einen Antrag auf Einschiebung eines § 606 an.[2])

> „Die Vorschriften der §§ 596 bis 601, 603 bis 605 finden entsprechende Anwendung, wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder einen Werkvertrag übernommen ist."

---

[1]) Vgl. insbes. Löwenfeld, über den Dienst- und Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurf eines B. G. B. (in den Gutachten aus dem Anwaltsstand S. 858 ff.). Im Gegensatz zu Löwenfeld und den übrigen, die den Mangel der Abgrenzung des Mandats von den anderen Arbeitsverträgen tadeln, ist es nach Laband (zum 2. Buch des Entwurfes eines B. G. B., Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 74 S. 299 ff.) durchaus zu billigen, daß der Entwurf von einer Begriffsbestimmung des Auftrags gänzlich Abstand genommen hat. Die von Laband mit Recht behauptete Gemeingültigkeit der meisten Sätze vom Mandat vermag jedoch das Verfahren des Entwurfes u. E. nicht zu rechtfertigen. Die Konsequenz derselben wäre höchstens gewesen, die Sätze von genereller Bedeutung in den allgemeinen Teil des Obligationenrechtes aufzunehmen (Laband S. 324). Nachdem aber einmal der Entwurf den Auftrag von den anderen Arbeitsverträgen unterschieden wissen will, mußte er auch für die Abgrenzung Anhaltspunkte bieten.

[2]) Prot. II, S. 376/77.

Die hier angezogenen §§ sind die jetzigen §§ 665 bis 670, 672 bis 674. In der Bundesratsvorlage (§ 662) findet sich auch schon der zweite Halbsatz des jetzigen § 675. Die Vorschriften des jetzigen § 663 wurden erst durch den Bundesrat unter die in § 675 aufgeführten Gesetzesstellen aufgenommen (Reichstagsvorlage § 662).

Einer Anregung, den Begriff der Geschäftsbesorgung näher zu umschreiben, da die Ausdrucksweise des Gesetzes keine bezeichnenden Merkmale für dessen Auslegung enthalte, gab die Kommission nicht statt mit der Begründung, die Entscheidung der Frage, was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen sei, könne der Wissenschaft überlassen werden, da sich der Begriff der Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung im Rahmen einer Gesetzesbestimmung auch durch anderweitige Fassung nicht erschöpfend verdeutlichen lassen würde.[1])

[1]) Prot. II, S. 377.

2. Kapitel.

§ 3.

Ist Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675, 677 gleichbedeutend?

Bevor eine Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung gegeben werden kann, ist die damit im engsten Zusammenhange stehende Frage zu entscheiden: Bedeutet Geschäftsbesorgung in § 675 dasselbe wie in §§ 662 und 677?

Wie über den Begriff der Geschäftsbesorgung selbst, gehen auch über die Beantwortung dieser Frage die Ansichten auseinander. Eine Gruppe von Autoren glaubt „Geschäftsbesorgung" in § 675 enger fassen zu sollen als in den §§ 662 und 677, eine andere stellt den Ausdruck als in den drei §§ gleichbedeutend hin.

Nach Oertmann[1]) und Siméon,[2]) auf den sich Oertmann ausdrücklich bezieht, ist anzunehmen, daß „Geschäftsbesorgung" in § 675 in einem anderen, engeren Sinn gebraucht ist als in den §§ 662 und 677. In gleicher Weise faßt Enneccerus[3]) den Ausdruck Geschäft in § 662 ganz allgemein auf, legt ihm dagegen in § 675 eine einschränkende Bedeutung bei. Matthiaß[4]) erklärt, es komme dem Worte Geschäft in § 662 eine technische Bedeutung überhaupt nicht zu, es sei durch die

[1]) Oertman a. a. O. Anm. 1b zu § 675.
[2]) Siméon, Recht und Rechtsgang, S. 444.
[3]) Enneccerus und Lehmann, das bürgerl. Recht, S. 705, 699.
[4]) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, S. 604.

Gegenüberstellung von Diensten (§ 611) und Werken (§ 631) einerseits und Geschäften (§ 662) anderseits ein Gegensatz des Dienst- und Werkvertrages zum Auftrag überhaupt nicht aufgestellt, nur in § 675 habe Geschäft eine bestimmte engere Bedeutung.[1])

Veranlaßt ist ein Teil der genannten Autoren, (z. B. Oertmann, Siméon, Enneccerus) zu ihrer Auffassung hauptsächlich dadurch, daß sie annehmen, bei einer weiteren Auslegung des Begriffes der Geschäftsbesorgung in § 675, wie sie mit einer Gleichstellung desselben in §§ 662 und 675 verbunden wäre, habe der Relativsatz des § 675 keinen Sinn, werde der Gegensatz von Dienst- und Werkverträgen auf Geschäftsbesorgung und gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen, den das Gesetz in § 675 doch offenbar konstruieren wolle, aufgehoben.

Allein dieser Grund sowie die für eine verschiedene Auslegung der Geschäftsbesorgung in den §§ 662 und 675 sonst etwa anzuführenden Argumente vermögen diese nicht hinreichend zu rechtfertigen.

Es muß allerdings zugestanden werden, daß, wenn man dem Ausdruck „Geschäft" in § 662 eine technische Bedeutung beilegt, also alle Verträge auf unentgeltliche Arbeitsleistung, welche eine Geschäftsbesorgung nicht darstellt, von der Behandlung als Aufträge ausschließt, diese vom Auftragsrecht ausgeschlossenen Verträge eine unmittelbare Regelung im Gesetz nicht finden. Die viel umstrittene, auch in den Motiven[2]) erörterte Frage, ob derartige Verträge nicht als Schenkungsverträge behandelt werden können, soll hier eine breitere Erörterung nicht finden. Selbst wenn man annimmt, daß unentgeltliche Leistung von Diensten eine Schenkung nicht dar-

[1]) Zu dieser Gruppe muß auch gerechnet werden Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B., S. 513, 533/34 Anm. und Planck, B. G. B. Bd. II. S. 411, 423.

[2]) Mot. II, S. 528, 459.

stellen kann,[1]) führt die einschränkende Auslegung der Geschäftsbesorgung in § 662 nicht zu unhaltbaren Ergebnissen. Es werden eben dann auf alle Verträge, durch welche sich jemand zur unentgeltlichen Arbeitsleistung außerhalb des Kreises der Geschäftsbesorgung verpflichtet, die Analogien des Auftrags- und Dienstvertragsrechtes entsprechend anzuwenden sein.[2])

Daß „Geschäft" in § 662 eine technische Bedeutung nicht besitzen soll, muß doch eigentlich schon angesichts der ursprünglichen Fassung des § 675 (§ 606 des II. Entwurfes) „wenn die Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung durch einen Dienst- oder Werkvertrag übernommen ist" bedenklich erscheinen. Auch läßt sich ein sicherer Beweis dafür, daß die II. Kommission, als sie die Unentgeltlichkeit zum Begriffsmerkmal des Auftrages erhob, die Geschäftsbesorgung als solches fallen lassen wollte, aus den Ausführungen der Protokolle Bd. II. S. 351 ff. durchaus nicht herleiten.

Nimmt man Geschäftsbesorgung in §§ 662 und 675 als gleichbedeutend, so wird sich freilich der Kreis der Verträge des § 675 notwendigerweise gewaltig ausdehnen, allein eine Aufhebung des durch diesen § geschaffenen Gegensatzes innerhalb der Dienst- und Werkverträge ist dadurch noch keineswegs bedingt.

Die verschiedene Auslegung des nämlichen Ausdruckes innerhalb desselben Titels des Gesetzes, die doch zweifellos nur dann zulässig erscheint, wenn sie sich auf schwerwiegende Gründe stützt, läßt sich also nicht hin-

[1]) Es dürfte dies mit Rücksicht auf B. G. B. § 517 die richtige Anschauung sein; vgl. Cosack, Lehrbuch des bürgl. Rechts, § 19 I 1 d; zustimmend auch Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag nach dem B. G. B., S. 16; a. M. Planck a. a. O. II, S. 409; gegen die Schenkung neuestens Hellwig, Stellung des Arztes im bürgerl. Rechtsleben, S. 4 mit eigenartiger Begründung.

[2]) Vgl. Bernau, die Amtsniederlegung der Mitglieder des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft (in Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 225 ff.), S. 231. Anm. 1.

reichend rechtfertigen. Dagegen sprechen für die Gleichbedeutung gewichtige Momente: die geschichtliche Entwicklung der Geschäftsbesorgung und die Systematik des Gesetzes.

Für eine kurze Darlegung der Geschichte der Geschäftsführung folgen wir den Ausführungen Jsays.[1])

Die Geschäftsführung bildete, als sie zum ersten Male im römischen Rechte auftrat, einen einheitlichen Begriff. Quellenstelle ist das edictum praetoris: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo.[2]) Hier bezog sich das negotia gerere, da es zur Zeit der Entstehung des Ediktes noch keine Klagen aus irgend welcher Geschäftsführung insbesondere keine Klagen aus einem Auftragsvertrage gab, auf alle Fälle der Geschäftsbesorgung ohne Rücksicht auf den Grund der Uebernahme.[3]) Der Grund der Uebernahme gewann erst in der Folge Bedeutung, indem er zuerst zu einer Differenzierung der Klagformulare, dann zu einer Differenzierung der Tatbestände führte. Die Rechtssätze selbst blieben auch während der letzten Phase dieser Entwicklung unverändert, die Geschäftsführung hat sich trotz der auf der Verschiedenheit der Uebernahmegründe beruhenden Mannigfaltigkeit der Tatbestände als einheitliches Rechtsinstitut erhalten.

Dieser Gedanke, daß die Geschäftsbesorgung einen spezifischen Tatbestand bildet und daß deshalb überall, wo sie vorliegt, ohne Rücksicht auf das konkrete Rechtsverhältnis gewisse Regeln Anwendung zu finden haben, ist auch dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd. Die für die Geschäftsbesorgung allgemein geltenden Rechtssätze stellt das Gesetz beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag auf. In allen übrigen Fällen einer Geschäftsbesorgung wird mehr oder minder voll-

[1]) Jsay, die Geschäftsführung nach dem B. G. B. S. 28 ff.
[2]) l. 3 D. 3. 5. [3]) Übereinstimmend Dernburg, Pandekten Bd. II S. 320.

ständig auf diese Rechtssätze verwiesen, auf die Auftragsregeln z. B. in den §§ 27 Abs. 3, 86, 675, 713, 450 Abs. 1, 1835 Abs. 1, auf die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in den §§ 450 Abs. 2, 547 Abs. 2, 601 Abs. 2 Satz 1, 994 Abs. 2, 1049 Abs. 1, 1216, 1959 Abs. 1, 1978. Die Geschäftsbesorgung bildet in allen diesen Fällen das gemeinsame, einheitliche rechtliche Behandlung bedingende Tatbestandsmerkmal.[1]) Geschäftsbesorgung muß also in §§ 662, 675, 677, wo das Gesetz sich überdies des gleichen Ausdruckes bedient, dasselbe bedeuten. Daß auch die II. Kommission bei Einschiebung des jetzigen § 675 denselben Tatbestand, wie er dem § 662 zu Grunde liegt, im Auge hatte, zeigt die schon oben S. 10 erwähnte Fassung des § 675 im Entwurf II. Lesung (§ 606).

Auf die Gleichbedeutung der Geschäftsbesorgung in §§ 662, 675 und 677 weist auch der Umstand hin, daß die Materialien zu den drei §§ die gleiche, wenn auch nur negative Begriffsbestimmung der Geschäftbesorgung geben.[2]) Wenn ferner die Protokolle[2a] sagen, die in dem neueinzustellenden § 606 angeführten Vorschriften paßten überall da, wo es sich um eine Geschäftsbesorgung handle, so müssen sie doch wohl eine Gleichheit des Tatbestandes beim Auftrag wie bei dem von ihnen selbst als „entgeltlichen Auftrag" bezeichneten Vertrage des § 606 vorausgesetzt haben.

Der Anschauung, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung in den §§ 662, 675 und 677 der gleiche ist, sind außer Jsay Hellwig,[3]) Lenel,[4]) Heinsheimer,[5])

[1]) Vgl. Jsay a. a. O. S. 9.

[2]) Mot. II., S. 527, 855.

[2a]) Prot. II, S. 377.

[3]) Hellwig, Stellung des Arztes im bürgl. Rechtsleben S. 10.

[4]) Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge (Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 31 ff.), S. 41.

[5]) Heinsheimer, B. G. B., Bd. 1 S. 261.

Brückmann,[1]) F. Endemann,[2]) Schollmeyer,[3]) daß zum mindesten in §§ 662 und 675 „Geschäftsbesorgung“ das nämliche bedeutet, behaupten Bernau,[4]) Cosack,[5]) Lotmar.[6])

§ 4.

Der Begriff der Geschäftsbesorgung nach Ansicht des Verfassers.

Zur Bestimmung des Begriffes der Geschäftsbesorgung bietet das Gesetz unmittelbar überhaupt nichts, die Materialien das denkbar wenigste. Sie geben lediglich negative Umschreibungen von äußerst geringem Auslegungswert. In der Regel werde es sich um die Entfaltung solcher Tätigkeit handeln, die innerhalb der Grenzen des Rechtsbereiches des Empfängers vorzunehmen sei: äußern sich die Protokolle zu § 606.[7]) Damit ist an sich nicht viel gesagt, außerdem soll ja die so gezogene Grenze nur „in der Regel“ gelten, es muß also auch außerhalb derselben noch Geschäftsbesorgung geben. Die in den Motiven sich findende Bemerkung,[8]) daß eine rein tatsächliche Dienstleistung von der Geschäftsbesorgung nicht ausgeschlossen sein soll, fügt der vagen Begriffsbestimmung der Protokolle nichts für eine Definition Brauchbares hinzu.

Nachdem so weder das Gesetz noch die Vorarbeiten zu demselben für die Umschreibung des Begriffes der

[1]) Brückmann, die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, S. 27.

[2]) F. Endemann a. a. O. S. 1080, 1098 Anm. 3, 1119.

[3]) Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, S. 91, 100, 127.

[4]) Bernau a. a. O. S. 234/35.

[5]) Cosack a. a. O. S. 547.

[6]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag, S. 275.

[7]) Prot. II, S. 377.

[8]) Mot. II, S. 527.

Geschäftsbesorgung etwas liefern, erübrigt die Frage, ob nicht ein Zurückgehen auf den Sprachgebrauch zu einem befriedigenden Ergebnis führt.

In dem Jahrbuch des deutschen Rechtes (2. Jahrg. S. 404) findet sich die Behauptung, Geschäftsbesorgung wurzele kaum irgendwo im Sprachgebrauch, gehöre vielmehr vornehmlich der Gesetzessprache an, es sei deshalb das Abstellen auf den Sprachgebrauch hier nicht geboten. In ihrer Allgemeinheit kann dieselbe nicht gebilligt werden, aber soviel ist richtig, daß man sich nicht durch den Sprachgebrauch zu einer Auslegung des Begriffes der Geschäftsbesorgung verleiten lassen darf, welche die gesetzliche Behandlung der Geschäftsbesorgungsverträge nicht rechtfertigt. Man darf mit a. W. der Auslegung des Wortes „Geschäft“ nicht die Bedeutung zu Grunde legen, welche dasselbe in der gewöhnlichen Verkehrs- und Umgangssprache besitzt, da ihm in dieser — infolge der mehrfachen Verwendung des Ausdruckes — ein Anklang an Gewinn- und Nutzbringendes anhaftet, der zu einer zu engen Abgrenzung führen würde. „Geschäft“ ist vielmehr in seinem ursprünglichen Sinne als Übersetzung des lateinischen negotium zu nehmen. In diesem ursprünglichen weiten Sinne bedeutet Geschäft (das was man zu schaffen, zu tun hat,) dasselbe wie Angelegenheit, nur enthält Geschäft auch noch den Begriff der Arbeit, die zur Veränderung oder Aufhebung eines objektiven Tatbestandes erforderlich ist. „Es ist etwas ein unangenehmes Geschäft“ oder „es ist etwas eine unangenehme Angelegenheit“ bedeutet also, von diesem Unterschied abgesehen, das gleiche.[1]) Gemeinsam ist den beiden Begriffen, daß sie hinweisen auf etwas Bestimmtes, Abgegrenztes. Ein Geschäft besorgen heißt also: tätig sein zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit, zur Herbeiführung

[1]) Das Gesetz selbst spricht von Besorgung fremder Angelegenheiten in §§ 1688, 1796, 1909.

eines bestimmten Erfolges. Gleichgültig ist hiebei, ob dieser Erfolg ein tatsächlicher oder rechtlicher ist, ohne Bedeutung ist es auch, ob derselbe auf vermögensrechtlichem oder wirtschaftlichem Gebiet liegt. Ihrem Inhalte nach dulden und erfordern die auf die Geschäftsbesorgungsverträge anzuwendenden Vorschriften eine derartige weite Auslegung des Ausdrucks „Geschäftsbesorgung"; auch ist mit Rücksicht auf die Geschäftsführung ohne Auftrag, deren Geschäftsbegriff, wie Seite 12 auseinandergesetzt, derselbe ist, wie der des § 675, eine möglichst extensive Interpretation geboten.

Zur Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung gibt auch der Ausdruck „besorgen" einen Anhaltspunkt. Es kann unter besorgen nicht jede Tätigkeit des Geschäftsführers verstanden werden, dieser muß vielmehr mit einer gewissen Selbständigkeit tätig sein.[1])

Ausgehend von der oben vertretenen Anschauung, daß Geschäftsbesorgung in §§ 662 und 675 die gleiche Bedeutung habe, müssen wir nach dem Vorbild des § 662 Geschäftsbesorgung in § 675 zerlegen in: „ein ihm übertragenes Geschäft für den Geschäftsherrn besorgen". Wir fassen jedoch die Ausdrücke „übertragen" und „für diesen" nicht in dem Sinne auf, als ob dadurch eine Vertretung des Geschäftsherrn durch den Geschäftsbesorger ausgedrückt werden sollte. Dem Wort „übertragen" dürfte eine technische Bedeutung überhaupt nicht zukommen, „für diesen" aber will wohl nur andeuten, daß die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn geschieht, m. a. W. nicht die Zugehörigkeit zum Geschäfts- d. i. Tätigkeitskreis, sondern die Zugehörigkeit zum Interessenkreis des Geschäftsherrn will damit bezeichnet werden. Dadurch ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß es sich sowohl um ein Geschäft des Geschäftsherrn als auch

[1]) Ebenso Oertmann a. a. O. zu § 675 I. b. β u. andere.

um ein Geschäft eines dritten handeln kann. Das mandatum aliena gratia schließt nicht aus, daß auch ein Interesse des Geschäftsherrn seine Realisierung durch die Geschäftsführung findet.[1])

Zusammenfassend gelangen wir zu dem Ergebnis:

„Geschäftsbesorgung" bedeutet Entfaltung selbständiger Tätigkeit zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (oder einer Mehrheit bestimmter Erfolge) im Interesse des Geschäftsherrn."

Die gleiche Auffassung — ohne das Erfordernis der Selbständigkeit — wurde erstmalig vertreten durch Hellwig.[2]) Hellwig setzt allerdings seiner Begriffsbestimmung hinzu, der Erfolg müsse auf vermögensrechtlichem Gebiete liegen, allein da Hellwig hier vermögensrechtlich in dem weitesten Sinne nimmt — vermögenswert ist jede Leistung, die im wirtschaftlichen Verkehr um Geld beschaffbar ist —, besteht zwischen unserer und Hellwig's Auffassung kein Unterschied. Eine Leistung, die im wirtschaftlichen Verkehr um Geld nicht beschaffbar ist, ist auch nach unserer Auslegung davon ausgeschlossen Gegenstand einer Geschäftsbesorgung zu sein, da sie nicht Gegenstand eines Vertrages sein kann

An Hellwigs Definition der Geschäftsbesorgung haben sich Kipp,[3]) Schollmeyer[4]) und Lenel[5]) angeschlossen.[6]) Durch lezteren hat Hellwigs Lehre eine Modifikation, genauer einen weiteren Ausbau erfahren.

[1]) Vgl. Oertmann a. a. O. Vorbem. zu § 662, 3b.

[2]) Hellwig, Verträge auf Leistung an dritte, S. 517; Stellung des Arztes im bürgerl. Rechtsleben, S. 16.

[3]) Kipp in Windscheids: Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 675.

[4]) Schollmeyer a. a. O. S. 91, 100.

[5]) Lenel a. a. O. S. 35 ff.

[6]) Jäger schloß sich in der 1. Auflage seiner Konkursordnung mit aller Entschiedenheit an die Definition Hellwigs an, obwohl dieselbe „mit bewußtem Widerspruch gegen die Systematik

Lenel geht davon aus, daß der Beauftragte im Gegensatz zum Unternehmer nicht einen Erfolg, sondern nur Tätigwerden für einen Erfolg verspreche. Dieser Unterschied zwischen der Verpflichtung des Beauftragten und der des Unternehmers liegt auch tatsächlich in der Natur des Auftrages. Er zeigt sich im Gesetz äußerlich darin, daß dasselbe beim Auftrag in keiner Weise von Ablieferung oder Mängelhaftung des Beauftragten spricht oder auf die entsprechenden Vorschriften des Werkvertrages Bezug nimmt. Ein Einstehen für den Erfolg gibt es für den Beauftragten nicht. Dieses wesentliche Merkmal der unentgeltlichen Geschäftsbesorgung überträgt nun Lenel mit vollem Recht auf die Geschäftsbesorgungsverträge des § 675. Auch hier verspricht der Geschäftsbesorger nicht einen Erfolg sondern lediglich Tätigwerden für einen solchen. Dies liegt, wie Lenel richtig hervorhebt, in der Natur der Dinge. Viele Erfolge können vernünftigerweise nicht versprochen werden. Der Arzt kann wohl Anwendung aller Mittel der Kunst nicht aber Heilung, der Rechtsanwalt wohl Geltendmachung aller Gründe des civilen und prozessualen Rechtes nicht aber ein obsiegendes Urteil, der Geologe wohl das Suchen nach Kohlen nicht aber das Auffinden derselben versprechen. Die Tatsache, daß beim Geschäftsbesorgungsvertrag nur Tätigkeit nicht ein Erfolg versprochen ist, muß, fährt Lenel konsequent fort, auch dann im Auge behalten werden, wenn dem Verpflichteten das Entgelt nur für den Fall der Erreichung des gesetzten Zieles versprochen ist. Auf diese Weise schafft er einen Gegensatz zwischen dem gewöhnlichen Werkvertrag und dem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Werkvertrag und erklärt auf Grund dieses Gegensatzes den Werkvertrag auf Ge-

des Gesetzes auftritt". (Zu § 22 Anm. 10.) In der 2. Auflage hat jedoch Jäger diesen Standpunkt völlig verlassen. Über seine jetzige Anschauung siehe u. § 9, S. 48/49 Anm.

schäftsbesorgung für eine falsche Konstruktion des Gesetzes.[1])

Ausgehend von der Gleichstellung des Begriffes der Geschäftsbesorgung in den §§ 662 und 675 und von der oben gegebenen Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung, durch welche im Zusammenhalt mit der Auffassung Lenels ein Gegensatz zwischen „Leistung von Diensten", „Herstellung eines Werkes" und „Besorgung eines Geschäftes" aufgerichtet ist, kommen wir zu dem Ergebnis: Die Verträge des § 675 B. G. B. sind in Wirklichkeit nicht Dienstverträge und Werkverträge, sondern entgeltliche Aufträge.[2]) Sie stimmen inhaltlich mit dem Vertrage des § 662 überein, abgesehen von der Ent-

[1]) Gegen Lenel nimmt Schollmeyer (a. a. O. S. 100 Anm. 2) Stellung. Er zieht aus seiner Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung mit Hellwig die Konsequenz, daß es überhaupt keinen Werkvertrag gebe, der nicht auf Geschäftsbesorgung gerichtet sei. Da nun aber offensichtlich nicht auf alle Werkverträge die in § 675 angeführten Auftragsregeln anwendbar sind, sucht sich Schollmeyer damit zu helfen, daß er sagt, die Anwendung dieser Vorschriften auf den Werkvertrag setze voraus, daß der Werkvertrag durch die Parteien selbst eine besondere Gestaltung erfahren habe. Zu Gunsten dieser sicherlich nicht unbedenklichen künstlichen Konstruktion greift Schollmeyer Lenels Theorie an. Es ist jedoch hiebei der Ausgangspunkt Schollmeyers nicht richtig, da Lenel ja gar nicht annimmt, daß der Werkvertrag auch den entgeltlichen Auftrag umfasse. Der entgeltliche Auftrag steht vielmehr nach Lenels Fassung in direktem Gegensatz zum Werkvertrag; er kann aber auch nicht unter den Begriff des Dienstvertrages fallen, wie Schollmeyer behauptet. Vielmehr stellt er ein besonders geartetes Vertragsverhältnis dar, für welches die Anwendbarkeit der Auftragsregeln aus seiner Natur folgt, also keiner Parteivereinbarung bedarf. — Wenn übrigens Lenels Auffassung im Widerspruch mit der Systematik des Gesetzes steht, so kann dies wohl im gleichen Maße auch von der Schollmeyers behauptet werden.

[2]) Diesen Gedanken spricht auch Goldmann-Lilienthal, das B. G. B., § 186 Anm. 3, aus: „Es gibt nach wie vor zahlreiche entgeltliche Aufträge, aber man darf sie nicht so nennen, man muß sie vielmehr als Dienst- und Werkverträge bezeichnen." Vgl. auch Bernau a. a. O. S. 235.

geltlichkeit bezw. Unentgeltlichkeit. Der Unterschied vom gewöhnlichen Dienstvertrag besteht darin, daß der Geschäftsbesorger nicht Arbeit schlechthin sondern Arbeit für einen bestimmten Erfolg, der Unterschied vom gewöhnlichen Werkvertrag darin, daß der Geschäftsbesorger nicht den Erfolg sondern Tätigkeit für denselben versprochen hat. Die Teilung innerhalb der Verträge des § 675 selbst beruht darauf, daß das Entgelt bald unbedingt bald bedingt durch den Eintritt des Erfolges geschuldet werden will. Mit Rücksicht auf diesen Unterschied wäre eine dem Wesen der Verträge des § 675 besser entsprechende Bezeichnung derselben: Dienstvertragähnliche und werkvertragähnliche entgeltliche Aufträge.

Durch die Errichtung eines Gegensatzes zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag haben wir auch schon den Angriff Staubs[1]) gegen die Hellwig'sche Definition der Geschäftsbesorgung in seiner ersten Hälfte zurückgewiesen. Es trifft eben bei unserer Konstruktion die von Hellwig selbst aus seiner Auffassung gefolgerte, von Staub als Mangel gerügte Tatsache, daß jeder Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung gerichtet sei, nicht mehr zu. Der Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung ist ja kein Werkvertrag.

Wenn nun aber Staub auch bezüglich der Dienstverträge auf Geschäftsbesorgung Hellwigs Theorie als unbrauchbar verwirft, da die Tätigkeit eines Dienstverpflichteten stets auf Herbeiführung bestimmter Erfolge gerichtet sei, mithin jeder Dienstvertrag unter § 675 falle, so ist dagegen zu bemerken:

Es ist richtig, daß jede vernünftige menschliche Tätigkeit auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges abzielt, aber wenn von dem Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung gefordert wird, daß er auf einen bestimmten

[1]) Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, zu § 362 Anm. 3

Erfolg gerichtet sei, so soll damit gesagt werden, daß aus dem Vertrag selbst der zu erreichende Erfolg sich ersehen lassen, daß derselbe ausdrücklich oder in unverkennbarer Weise stillschweigend dem Dienstverpflichteten vor Augen gestellt werden muß.[1]) Im Vertrag mit dem Hauslehrer ist das bestimmte Ziel die Vermittlung von Kenntnissen an die zu unterrichtenden Kinder, der Erfolg, der bei Abschluß eines Vertrags mit einem Rechtsanwalt auf Vertretung im Prozeß den Kontrahenten vorschwebt, ist das obsiegende Urteil. Dagegen ist ein bestimmtes Ziel nicht zu erkennen, wenn ich mit jemand einen Vertrag auf persönliche Bedienung schließe oder jemand als Kutscher engagiere. Die Tatsache, daß ich gut bedient oder gefahren werde, ist kein solches. Von dem hier vertretenen Standpunkt aus kann wohl der Vertrag eines Arztes mit einem Kranken nicht aber der Vertrag eines Arztes mit einer Krankenhausverwaltung als Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung betrachtet werden.[2]) Erst die Behandlung eines Kranken auf Grund des letzteren Vertrages stellt eine Geschäftsbesorgung dar.[3])

Die Frage nach der Häufigkeit der Verträge des § 675 läßt sich auf Grund unserer Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung und der Auffassung der Geschäftsbesorgungsverträge als entgeltliche Aufträge folgendermaßen beantworten. Wohl bei der weitaus größeren Zahl von Dienstverträgen ist von Anfang an eine bestimmte Zielrichtung gegeben. Dienstverträge auf Geschäftsbesorgung werden also ziemlich häufig sein. Dagegen dürften Werkverträge auf Geschäftsbesorgung äußerst selten vorkommen. Da, wo die Herbeiführung

[1]) Vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 91. „Bezeichnung der zu erledigenden Angelegenheit".

[2]) Vgl. Hellwig, Stellung des Arztes im bürgerl. Rechtsleben S. 26/27.

[3]) Über die rechtliche Behandlung solcher Geschäftsbesorgungen siehe den nächsten §

des Erfolges lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängt, was hauptsächlich bei rein tatsächlichen Erfolgen der Fall ist, bildet der gewöhnliche Werkvertrag die normale Form der Vereinbarung. Ist der Verpflichtete des Erfolges nicht sicher, ist insbesondere nicht erzwingbare aktive oder passive Mitwirkung dritter erforderlich, z. B. beim Abschluß von Rechtsgeschäften, so wird er sich seine Tätigkeit schlechthin ohne Rücksicht auf den Erfolg bezahlen lassen, also einen Dienstvertrag bezw. Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung schließen. Daß er sich das Entgelt bedingt durch den Eintritt des Erfolges versprechen läßt, wird als den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit widersprechend eine Ausnahme bilden.[1])

[1]) Vgl. Lenel a. a. O. S. 42.

3. Kapitel.

Die in der Literatur über den Begriff der Geschäftsbesorgung herrschenden Ansichten.

§ 5.

Hellwig, Lenel, Kipp, Schollmeyer.

Die Besprechung der Ansichten dieser Autoren ist bereits bei Entwicklung der eigenen Ansicht des Verfassers (§ 4) erfolgt. Es soll hier nur noch auf eine Nebenfrage eingegangen werden, die notwendigerweise sich erhebt, wenn man sich auf den Standpunkt Hellwigs stellt, und die bereits von Hellwig selbst angeregt wurde.

Hellwig behauptet, daß, wenn auf Grund eines Dienstvertrages, welcher eine Geschäftsbesorgung nicht zum Gegenstand hat, dem Dienstverpflichteten die Besorgung eines Geschäftes d. h. die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges aufgetragen wird, z. B. wenn der Prokurist ein bestimmtes Rechtsgeschäft zustande bringen soll, die in § 675 bezeichneten Vorschriften anzuwenden seien.[1])

Hellwig sagt dies offenbar im Sinne einer unmittelbaren Anwendung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen. Mit Recht ist dieser Auffassung Lenel entgegengetreten.[2]) Die auf Grund eines gewöhnlichen Dienstvertrages vom Dienstverpflichteten vorzunehmenden einzelnen Dienstleistungen, gerichtet auf Herbeiführung bestimmter Erfolge, qualifizieren sich allerdings

[1]) Hellwig, Verträge, S. 517.

[2]) Lenel a. a. O. S. 36; bei Kipp a. a. O. S. 675 ist nicht recht ersichtlich, ob er direkte oder analoge Anwendung der Auftragsregeln meint.

als Geschäftsbesorgungen. Allein es liegt in solchen Fällen nicht Dienstvertrag oder Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung vor. Hiefür fehlt eine entsprechende kontraktliche Willenseinigung, da der Auftrag zur Dienstleistung nicht einen Vertragsantrag sondern einen Befehl darstellt. Es liegt auch kein Auftrag im technischen Sinne vor, denn die Dienstleistung erfolgt nicht unentgeltlich. Von einer direkten Anwendung der in § 675 aufgeführten Vorschriften kann somit keine Rede sein. Dagegen wird es sich nicht vermeiden lassen auf Geschäftsbesorgungen der bezeichneten Art die Auftragsregeln analog anzuwenden. Die Richtung der Tätigkeit auf einen bestimmten Erfolg, welche der nicht auf Geschäftsbesorgung gehende Dienstvertrag durch die Erteilung eines Einzelauftrages vorübergehend bekommt, bedingt die vorübergehende Behandlung desselben nach dem Rechte der Geschäftsbesorgungsverträge. Also nicht die §§ 675 oder 662 fordern die Anwendung der Geschäftsbesorgungsvorschriften — diese §§ schließen sie ja gerade aus — sondern das Wesen der Einzelaufträge macht dieselbe notwendig.

Auf die Bedeutung der analogen Anwendung des § 675 auf gewöhnliche Dienstverträge und Werkverträge wird im II. Teil noch zurückgekommen und näher eingegangen werden.

§ 6.

Staub, Eck, Matthiaß, Enneccerus, Siméon.

Gemeinsam ist den Autoren dieser Gruppe, daß sie „Geschäft" auf Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen beschränken wollen.

Die engste Auffassung vertritt Staub.[1]) Nach ihm sollen von der Geschäftsbesorgung Dienste rein tatsächlicher Art ausgeschlossen sein, es soll nur die Besorgung

[1]) Staub a. a. O. zu § 362 Anm. 2.

eines Rechtsgeschäftes für Rechnung eines anderen, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des anderen darunter fallen.[1])

Die Befürchtung, daß wenn man diese Grenze nicht ziehe, vielmehr rein tatsächliche Dienste in den Begriff der Geschäftsbesorgung einschließe, völlige Unklarheit entstehe,[2]) und daß der Relativsatz des § 675 bei einer weiteren Fassung des Begriffes der Geschäftsbesorgung seinen Sinn verliere, hat Staub zu seiner extremen Auslegung veranlaßt. Staub berücksichtigt eben in keiner Weise, daß es zwischen „Diensten aller Art" und „Vornahme von Rechtsgeschäften" noch andere Grenzlinien gibt, so daß mit einem Aufgeben seiner engen Fassung völlige Unklarheit als nächste Folge durchaus nicht verbunden ist. Daß durch eine umfassendere Definition der Gegensatz von gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen und Dienst- und Werkverträgen auf Geschäftsbesorgung nicht aufgehoben wird, braucht wohl kaum bewiesen zu werden.

Als ein weiteres Argument für seine Ansicht macht Staub außer den schon angeführten Argumenten geltend, man sei wohl berechtigt, bei Auslegung eines Gesetzes, welches unter „Geschäftsfähigkeit" die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften verstehe, unter „Geschäftsbesorgung" die Besorgung von Rechtsgeschäften zu begreifen. Diese Beweisführung Staubs kann nicht für zwingend erachtet werden. Hätte das Gesetz in § 675 Dienst- und Werkverträge auf Vornahme von Rechtsgeschäften regeln wollen, so hätte es, da sprachliche Gründe nicht entgegenstehen, sicherlich

[1]) Wie Staub definiert „Geschäftsbesorgung" Eck a. a. O. S. 513, jedoch ohne tieferes Eingehen auf die Frage lediglich unter Hinweis darauf, daß bei einer weiteren Auslegung beinahe jeder Dienstvertrag unter § 675 falle.

[2]) Zur Begründung dieser Behauptung verweist Staub auf Cosacks Definition.

diesen Ausdruck oder einen ähnlichen verwendet und hätte jedenfalls vermieden, einen neuen Ausdruck zu gebrauchen und sich in den Materialien über dessen Bedeutung in geheimnisvolles Schweigen zu hüllen.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch bedient sich übrigens des Ausdrucks Geschäftsbesorgung verschiedener Male in Zusammenhängen, in denen Staubs Begriffsbestimmung als zu eng sicherlich nicht verwendbar ist z. B in §§ 709, 831 Abs. 2, 1357.[2])

Das wesentlichste Moment, das gegen Staubs Auffassung spricht, ist, daß sich dieselbe aus dem Inhalt der nach § 675 auf die Geschäftsbesorgungsverträge anzuwendenden besonderen Vorschriften nicht rechtfertigt. Soll etwa die Pflicht sofort die Ablehnung eines Vertragsantrages anzuzeigen auf den Arzt weniger anwendbar sein als auf den Bankier oder Spediteur, lediglich weil die Tätigkeit des Arztes nicht Vornahme eines Rechtsgeschäftes ist, während doch das Interesse des Antragenden, dessen Schutz § 663 dienen will, im ersteren Fall mindestens in dem gleichen Maße sofortige Mitteilung erheischt wie im letzteren? Oder ist es innerlich begründet, den Vertrag mit dem Dienstmann, der mein Gepäck zur Bahn bringen soll, verschieden zu behandeln, z. B. bezüglich der Erstattung einer Aufwendung für Benützung der Trambahn, je nachdem der Dienstmann das Gepäck im Gepäckbureau aufgeben oder mit demselben am Zuge mich erwarten soll?[3])

---

[1]) Staubs Definition steht sogar in direktem Widerspruch mit den Materialien, welche eine Beschränkung der Geschäftsbesorgung auf Vornahme von Rechtsgeschäften ausdrücklich zurückweisen. Vgl. Mot. II, S. 527, 855.

[2]) Vergl. die Ausführungen Lotmars, a. a. O. S. 276 ff. s. unten S. 36/37.

[3]) Nach unserer Auffassung liegt hier beide Male keine Geschäftsbesorgung vor. Das Aufgeben des Gepäcks hängt unter normalen Verkehrsverhältnissen lediglich vom Willen des Verpflichteten ab, also: Verpflichtung zur Herbeiführung des Erfolges; s. o. S. 17 ff.

Den Rechtsgeschäften fügt Matthiaß[1]) als möglichen Inhalt der Geschäftsbesorgung noch die Rechtshandlungen hinzu. Nach Enneccerus[2]) sollen mit „Geschäftsbesorgung“ außer der Vornahme von Rechtsgeschäften auch Handlungen gemeint sein, die sich auf Rechtsgeschäfte beziehen. Siméon[3]) endlich versteht unter Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 Vornahme von Geschäften ausschließlich oder doch vornehmlich rechtlicher Natur.

Diese sämtlichen Ansichten, die sich als Erweiterungen der Auffassung Staubs charakterisieren lassen, sind nicht geeignet, die Frage nach dem Begriff der Geschäftsbesorgung befriedigend zu lösen. Unter Rechtshandlungen werden solche erlaubte Handlungen verstanden, an welche das Gesetz Rechtsfolgen anknüpft, mögen sie von dem Handelnden gewollt sein oder nicht. Matthiaß selbst rechnet hiezu z. B. Begründen eines Wohnsitzes, Halten von Tieren, gefährdenden Gewerbebetrieb, Fund, Spezifikation. Die Rechtshandlungen begreifen also die verschiedenartigsten Tatbestände in sich, es muß deshalb bedenklich erscheinen, sie durch Subsumieren unter den § 675 in gewisser Beziehung einer einheitlichen rechtlichen Behandlung zu unterwerfen. Dem Gedanken, daß eine einheitliche Regelung der Rechtshandlungen sich nicht empfiehlt, haben auch die Motive Ausdruck gegeben, welche sagen, daß das Gesetzbuch den Begriff der Rechtshandlungen nicht kenne.[4]) Was unter „Handlungen, die sich auf Rechtsgeschäfte beziehen“, und unter „Handlungen ausschließlich oder vorwiegend rechtlicher Natur“ zu verstehen sei, ist nicht recht ersichtlich. Beide Ausdrücke sind daher für eine Abgrenzung der Geschäftsbesorgungsverträge kaum zu

[1]) Matthiaß a. a. O. S. 612.
[2]) Enneccerus a. a. O. S. 705.
[3]) Siméon, Recht und Rechtsgang, S. 444.
[4]) Mot. I, S. 127; s. auch Planck a. a. O. Bd. I S. 149.

brauchen, die Definition Siméons und Enneccerus' sind deshalb praktisch wohl nicht recht verwertbar. Überdies erscheinen die Auffassungen beider Autoren, selbst wenn man die oben genannten Ausdrücke noch so weit nimmt, als zu eng und sind aus dem Grundgedanken des § 675 nicht zu rechtfertigen, da sie z. B. die Tätigkeit des Arztes, des Lehrers, des Architekten, Transportunternehmers von der Geschäftsbesorgung ausschließen. Der gleiche Vorwurf läßt sich selbstverständlich und zwar in verstärktem Maße gegen Matthiaß erheben.

§ 7.

Cosack, Isay, Heinsheimer, Oertmann, Staudinger, Crome.

Die Autoren dieser Gruppe stehen in verschiedenen Abstufungen auf dem Standpunkt, daß sich der Begriff der Geschäftsbesorgung ergeben müsse aus der Beziehung der Tätigkeit des Geschäftsbesorgers zu dem Vermögen oder zu den wirtschaftlichen Interessen des Geschäftsherrn.

Geschäftliche Dienst- bezw. Werkverträge sind nach Cosack[1]) alle Dienst- bezw. Werkverträge, die auf Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder auf die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen aber doch rechtlich das Vermögen des Geschäftsherrn berührenden Tätigkeit gerichtet sind. Abgesehen davon, daß - dies gilt für alle Schriftsteller dieser Gruppe — der Anklang des Wortes „Geschäft" an gewinn- und nutzbringende Tätigkeit nicht hinreicht, um für sich allein die Einengung des Begriffes der Geschäftsbesorgung auf vermögensrechtlich oder wirtschaftlich relevante Handlungen zu begründen,[2]) ist auch nicht einzusehen, weshalb die Pflicht sofortiger Erklärung nach § 663 dem Dienstmädchen,

[1]) Cosack a. a. O. § 143 II 1a und Anm., § 147 II 2.

[2]) Siehe oben § 4 S. 15.

nicht aber dem Arzt, weshalb die Auskunftspflicht nach § 666 dem Fabrikarbeiter, nicht aber dem Hauslehrer obliegen, oder weshalb das Recht auf Ersatz der Aufwendungen der Waschfrau, nicht aber dem Vorleser zustehen soll. Ist derjenige, der einen Arzt rufen läßt, weniger als derjenige, der einem Dienstmädchen einen Vertragsantrag macht, daran interessiert, eine etwaige Ablehnung seiner Offerte sofort zu erfahren? Ist das Interesse des Geschäftsherrn, über den Stand des Geschäftes Nachrichten zu erhalten, geringer, wenn es sich um die Erziehung der Kinder, als wenn es sich um die Tätigkeit des Fabrikarbeiters handelt? Soll insbesondere das Recht des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Aufwendungen von der damit innerlich doch recht wenig oder gar nicht zusammenhängenden Tatsache bedingt sein, daß seine Tätigkeit das Vermögen des anderen Teils rechtlich berührt? Diese Erwägungen in Verbindung mit den angeführten, Cosack selbst entnommenen Beispielen zeigen wohl zur Genüge, daß die Rücksicht auf das Vermögen nicht der maßgebende Gesichtspunkt für die Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung sein kann. Es ist auch keinerlei Anhaltspunkt dafür vorhanden, daß die Verfasser des II. Entwurfes durch Einschieben des jetzigen § 675 Dienst- und Werkverträge, welche eine rechtliche Beziehung zum Vermögen des Geschäftsherrn haben, auszeichnen wollten. Sie wollten vielmehr offenbar inhaltlich auftragsähnliche Verträge einer auftragsähnlichen Behandlung unterwerfen. Der Auftrag selbst aber war niemals, wohl auch nicht nach Ansicht der II. Kommission, auf das Vermögen berührende Leistungen beschränkt.

Schließlich läßt sich gegen Cosacks Formulierung noch einwenden, daß sie eine sichere Abgrenzung der Verträge des § 675 von den gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen nicht ermöglicht. Dadurch, daß Cosack die Verträge des Gesindes und der Waschfrau

zu den Geschäftsbesorgungsverträgen rechnet, verwischt er selbst die Grenze, denn es ist, wie schon Oertmann[1]) hervorgehoben hat, nicht recht begreiflich, inwiefern die Tätigkeit dieser Personen, „rechtlich das Vermögen des Geschäftsherrn berührt".[2])

[1]) Oertmann, a. a. O. zu § 675 1 b.

[2]) In der 4. Auflage seines Lehrbuchs des bürgerl. Rechts (Jena 1903) begrenzt Cosack das Gebiet der geschäftlichen Dienstverträge und Werkverträge etwas anders. Er rechnet zu denselben zunächst alle Dienstverträge, die auf Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder auf Führung eines Prozesses im Namen oder für Rechnung des Dienstempfängers gerichtet sind, sodann aber auch alle Verträge auf Handlungen tatsächlicher Art, sofern die Handlungen zur Verwaltung des Vermögens des Dienstempfängers gehören. Als Beispiele von Geschäftsbesorgungsverträgen zählt Cosack auf die Verträge des Kommissionärs, der für den Geschäftsherrn Wertpapiere kaufen, des Rechtsanwalts, der für den Geschäftsherrn einen Prozeß führen, der Waschfrau, die die Wäsche des Geschäftsherrn waschen soll, als Beispiele gewöhnlicher Dienstverträge hingegen die Verträge des Arztes, des Lehrers, des Bootsmannes, der den Dienstempfänger spazieren fahren soll. Daneben erwähnt Cosack, daß der Vertrag des Dienstmädchens teils geschäftlich, teils nicht geschäftlich sei, geschäftlich dann, wenn das Mädchen die Stube zu fegen, die Kleider zu reinigen, nicht geschäftlich dann, wenn es die Herrschaft persönlich zu bedienen habe.

Die neue Begriffsbestimmung Cosacks stellt gegenüber der früheren eine wesentliche Änderung nicht dar. Wie schon die Beispiele beweisen, beruht der Unterschied hauptsächlich in der Fassung. Der Kreis der Geschäftsbesorgungsverträge ist nur vielleicht insofern etwas erweitert, als an Stelle einer rechtlichen Berührung des Vermögens nunmehr eine tatsächliche genügt. Diese Erweiterung dürfte jedoch, da Cosack den Ausdruck „rechtlich berührt" offenbar äußerst weit auslegt, ziemlich unbedeutend sein.

Nachdem somit die neue Definition Cosacks mit der früheren im Ergebnis im großen und ganzen übereinstimmt, mag zu ihrer Widerlegung der Hinweis auf die gegen die frühere Auffassung Cosacks geltend gemachten Gründe genügen. Cosack gibt übrigens selbst zu, daß seine Anschauung sich nur schwer beweisen lasse und nimmt für dieselbe nur in Anspruch, daß sie zu den in § 675 aufgeführten Rechtsregeln „im großen und ganzen leidlich passe".

An Cosack schließt sich Isay[1]) eng an. In Verteidigung der Cosack'schen Auffassung gegenüber Oertmann legt Isay den Ausdruck „rechtlich das Vermögen berühren" dahin aus — ob in Übereinstimmung mit Cosack ist nicht ersichtlich —, daß nicht eine Änderung der Rechtslage erforderlich sei, sondern daß es sich lediglich um eine vom Recht beachtete Einwirkung handeln müsse. Das Vermögen des Geschäftsherrn brauche, sagt Isay, nicht den unmittelbaren Gegenstand der Tätigkeit des Gestors zu bilden. Die Einwirkung könne Zweck jener Tätigkeit sein, sie könne aber auch in den gebrauchten Mitteln liegen. Ob der Rechtsanwalt eine Civilklage oder eine Privatklage erhebe: in beiden Fällen sei seine Tätigkeit Geschäftsbesorgung.

Durch die Ausführungen Isays wird u. E. gegenüber Cosack für eine schärfere Abgrenzung der Geschäftsbesorgungsverträge nichts gewonnen. Daß es genügen soll, wenn in den gebrauchten Mitteln eine Einwirkung auf das Vermögen des Geschäftsherrn liegt, macht die Grenze erst recht unsicher und vermag überdies zu unangemessenen Ergebnissen zu führen, da eine derartige Einwirkung auf das Vermögen bei jeder an sich das Vermögen nicht berührenden Tätigkeit hinzukommen und eine verschiedene rechtliche Behandlung von im Grunde gleichen Tatbeständen bewirken kann. So müßte, wenn wir Isay recht verstehen, die nach Isays Auffassung für gewöhnlich wohl kaum eine Geschäftsbesorgung darstellende Tätigkeit des Arztes zu einer solchen werden, wenn der Arzt das eigene Verbandzeug der Patienten verwendet oder aus dessen Hemd sich einen Verband zurechtschneidet.

Im übrigen läßt sich gegen Isays Begriffsbestimmung in gleicher Weise wie gegen die Cosacks

[1]) Isay a. a. O. S. 44 ff. Isay nimmt hier gleichzeitig gegen Endemann und Hellmann Stellung.

geltend machen, daß dem Erfordernisse einer Beziehung der Tätigkeit des Geschäftsbesorgers zum Vermögen des Geschäftsherrn die innere Rechtfertigung fehlt.

Der gleiche Einwand sowie der Vorwurf der Unbestimmtheit läßt sich erheben gegen die Definition Heinsheimers:[1]) „Geschäftsbesorgung umfaßt jede Dienstleistung, die das Vermögen und nicht bloß die Person des Empfängers berührt."

Oertmann,[2]) dem Cosacks Begriffsbestimmung zu eng erscheint, sucht den Begriff der Geschäftsbesorgung auf eine etwas breitere Grundlage zu stellen. Nach Oertmann kommt es nur darauf an, daß die Tätigkeit des Geschäftsbesorgers unmittelbar ein wirtschaftliches Resultat für den Geschäftsherrn herbeiführt, als solche unmittelbar für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung ist. Es soll aber dabei dem Dienstverpflichteten wirklich die Besorgung nicht bloß eine unselbständige Hilfeleistung überlassen sein.[3])

Der Aufstellung der Selbständigkeit des Handelns als wesentliches Begriffsmerkmal der Geschäftsbesorgung ist durchaus zuzustimmen. Dagegen erheben sich gegen den ersten Satz der Oertmann'schen Definition verschiedene Bedenken. In erster Linie steht das Fehlen einer inneren Begründung für die durch das Erfordernis unmittelbarer wirtschaftlicher Bedeutung erfolgte Aus-

[1]) Heinsheimer a. a. O. S. 261.

[2]) Oertmann a. a. O. zu § 675 1b.

[3]) Verwandt der Oertmann'schen Definition ist die Begriffsbestimmung Staudingers, nach welcher unter Geschäftsbesorgung die Erledigung jeder Angelegenheit zu verstehen ist, welche der Interessensphäre eines anderen (Geschäftsherrn) angehört; a. a. O. zu § 675 2. Staudinger, der die Definition von Matthiaß als zu eng verwirft und gegen Planck Stellung nimmt, läßt sich auf eine nähere Begründung seiner Ansicht nicht ein. Er gibt lediglich die Materialien wieder.

schließung wichtiger im täglichen Leben häufig vorkommender Verträge z B. der Verträge des Hauslehrers, des Künstlers, des Arztes von der Geschäftsbesorgung. Es mag zur Begründung dieses Einwandes gegen die Oertmann'sche Begriffsbestimmung der Hinweis auf die gegenüber Cosack gemachten Ausführungen genügen.

Oertmanns Begriffsbesimmung ermöglicht aber auch — dies ist der zweite Vorwurf, der gegen sie erhoben werden kann — keine sichere Abgrenzung der Geschäftsbesorgungsverträge von den gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen; sie ist dafür zu allgemein gehalten.[1]) Daß Oertmann den Gesindevertrag zu den Verträgen des § 675 nicht rechnet, ist allerdings von seinem Standpunkte aus keineswegs als unrichtig zu bezeichnen.[2]) Durch Abschluß des Vertrages verpflichtet sich der Dienstbote noch nicht zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges. Eine solche Verpflichtung kann sich erst ergeben durch die auf Grund des bestehenden Dienstverhältnisses erteilten Einzelaufträge. Nicht der Gesindevertrag im Ganzen ist mithin auf Geschäftsbesorgung gerichtet, sondern erst die zu leistenden einzelnen Dienste können (aber nicht: müssen) eine Geschäftsbesorgung darstellen. Warum dagegen Oertmann die Verträge mit gewerblichen Arbeitern nur zum Teil als Geschäftsbesorgungsverträge ansieht, ist nicht recht begreiflich. Die Tätigkeit dieser Personen ist doch wohl stets auf Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges gerichtet. Übrigens zeigt gerade dieses Beispiel die Schwierigkeit der Abgrenzung nach Oertmanns Gesichtspunkt.[3])

[1]) Dies gilt im verstärkten Maße von der Begriffsbestimmung Staudingers.

[2]) Vgl. Bormann, Beiträge zur Erklärung der Geschäftsbesorgung in § 675 des B. G. B., Göttinger Diss. 1901, S. 25/26.

[3]) Nach Sigel, der gewerbl. Arbeitsvertrag nach dem B. G. B.,

Auf eigenartige Weise sucht Crome[1]) in seinen „Partiarischen Rechtsgeschäften“ dem Begriff der Geschäftsbesorgung beizukommen. Er stellt hier als möglichen Inhalt eines Werkvertrages einander gegenüber: die Verfertigung d. h. die Herstellung oder Veränderung von Sachen, die Beförderung und die Geschäftsbesorgung. Bei der Geschäftsbesorgung soll die übernommene Tätigkeit in gewisser Weise in die Rechtssphäre des Bestellers (oder eines dritten) hineinfallen. Daß sie aber eine Rechtshandlung oder ein Rechtsgeschäft sei, hält Crome nicht für erforderlich. Die Dreiteilung Cromes scheint auf den ersten Blick eine scharfe Abgrenzung des Begriffes „Geschäftsbesorgung“ zu ermöglichen; in Wirklichkeit ist aber auch hier die Grenze verwischt. Die eigenen Beispiele Cromes: die Ausbesserung von Kleidern als Beispiel für die Geschäftsbesorgung und die Restauration eines Gemäldes als Beispiel für die Verfertigung können, wie schon Eck[2]) hervorgehoben hat, als Beweis hiefür dienen. Die Unterscheidung Cromes führt aber auch nicht zu absolut befriedigenden Ergebnissen. Warum soll z. B. der Schneider, wenn er einen Anzug ausbessert, zur Auskunftserteilung über den Stand des Geschäftes verpflichtet sein, nicht dagegen, wenn er einen neuen Anzug anfertigt?

In seinem „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts“ scheint Crome die oben angeführte Dreiteilung nicht mehr aufrecht erhalten zu wollen. Er stellt hier der „Verfertigung“ und „Beförderung“ nicht die „Geschäftsbesorgung“, sondern „unzählige andere Werke“

S. 516 fällt der Vertrag des gewerbl. Arbeiters niemals unter § 675, denn Sigel nimmt Geschäftsbesorgung nur dann an, wenn sich der Dienstverpflichtete nicht in wirtschaftliche Abhängigkeit zum Dienstgeber stellt.

[1]) Crome, partiarische Rechtsgeschäfte, S. 255, 246.

[2]) Eck, in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 48, S. 352 ff, S. 357.

gegenüber[1]) und gibt eine neue, selbständige Definition der Geschäftsbesorgung[2]): Geschäftsbesorgungen sollen nicht bloß Rechtsgeschäfte, sondern auch rein tatsächliche Verrichtungen sein. Doch, fährt Crome fort, sei nicht jede tatsächliche Verrichtung ein Geschäft. Das geschäftliche Tun berühre das Vermögen der Person, es diene dazu die wirtschaftliche Lage der Person zu verbessern, es sei also unter Geschäftsführung für einen anderen wesentlich nur solches Tun zu verstehen, das den andern unmittelbar in seinem Vermögen betreffe, einen wirtschaftlichen Erfolg für ihn herbeiführe. Gegen die Ausführungen Cromes, die im wesentlichen mit denen Oertmanns übereinstimmen, wären dieselben Gründe wie gegen Oertmann geltend zu machen.

§ 8.

Dernburg.

Mit seiner Ansicht allein steht Dernburg[3]). Er führt aus: Man habe, als man die Unentgeltlichkeit zum wesentlichen Tatbestandsmerkmal des Auftrages erhoben, eine begriffliche Unterscheidung zwischen Auftrag einerseits und Dienstvertrag und Werkvertrag anderseits geschaffen. Gleichzeitig habe man aber die Notwendigkeit gefühlt, die meisten Regeln des Auftrags auf Dienstverträge und Werkverträge, wenn sie auf Geschäftsbesorgung gerichtet seien, für anwendbar zu erklären. Was unter Geschäftsbesorgung zu verstehen sei, sei zweifelhaft. Man habe mit Recht behauptet (Hachenburg), daß infolge § 675 die Auftragsregeln auf alle Dienst- und Werkverträge anwendbar seien, da alle eine

[1]) Crome, System des Deutschen Bürgerl. Rechts, S. 677/78.
[2]) Crome a. a. O. S. 612 ff.
[3]) Dernburg, das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, B. II S. 364/365.

Geschäftsbesorgung enthielten. Damit sei der Sinn des § 675 nicht getroffen, denn sein Wortlaut ergebe deutlich, daß er sich nur auf gewisse Dienst- und Werkverträge beziehen solle. Man müsse unter diesen Umständen annehmen, daß § 675 auftragsähnliche Dienst- und Werkverträge treffen solle, d. h. diejenigen, die man gemeinrechtlich dem Mandat unterstellt habe, welche auch der I. Entwurf unter dem Auftrag habe begreifen wollen.[1]) Dernburg rechnet deshalb zu den Geschäftsbesorgungsverträgen die Verträge des Rechtsanwaltes und anderer Vertreter in Rechtsangelegenheiten, des Lehrers, Geistlichen, Arztes, Künstlers. Auch vermögenswerte Dienste anderer Art können nach Dernburg eine derartige Natur haben.

Gegen Dernburg läßt sich in erster Linie geltend machen, daß dem modernen Wirtschaftsleben die Behandlung der Verträge auf Leistung von Diensten höherer Art — Dienste höherer Art würden nach Dernburgs Auffassung in erster Linie für die Verträge des § 675 in Betracht kommen — als besondere Gattung von Arbeitsverträgen fern liegt. Der Unterschied von operae liberales und illiberales ist in seinem Ursprung zurückzuführen auf die Zeit der Sklavenarbeit, auf eine Zeit, in der die Anschauung herrschte, daß dem freien Manne wirtschaftliche Arbeit um Lohn nicht zukomme. Die Entwicklung des römischen Mandats hat in ihm ihren Angelpunkt. Die Scheidung der Arbeit dem Inhalte nach hat sich bis in die neueste Zeit herein erhalten, obwohl sie schon längst veraltet ist.[2])

[1]) Einen ähnlichen Standpunkt wie Dernburg scheint das Reichsgericht einzunehmen, da es den Vertrag des § 675 einen Auftrag im Sinne des früheren Rechtes nennt, dem jetzt der eine Geschäftsbesorgung betreffende Dienstvertrag entspreche; R. G. 56,84.

[2]) Vgl. W. Endemann, die Behandlung der Arbeit im Privatrecht, S. 91; zur Frage der operae liberales s. a. F. Endemann a. a. O. S. 1079 Anm. 12, Prot. II., S. 277, Löwenfeld a. a. O. S. 882 ff.,

Gegen Dernburgs Anschauung spricht übrigens das Gesetz selbst. Es gebraucht den Ausdruck „Dienste höherer Art“ vereinzelt in der Lehre vom Dienstvertrag, es hätte denselben deshalb auch sicherlich in § 675 verwendet, wenn es mit diesem § Dienste höherer Art einer besonderen gesetzlichen Regelung hätte unterwerfen wollen. Auch daraus, daß das Bürgerliche Gesetzbuch in § 675 den § 671 Abs. 2 für anwendbar erklärt, läßt sich entnehmen, daß Geschäftsbesorgung nicht Leistung von Diensten höherer Art bedeuten kann. Die Bestimmung des § 671 Abs. 2, daß der Geschäftsbesorger nicht zur Unzeit kündigen darf, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will, ist schon in §§ 627, 626 für den Dienstvertrag getroffen und zwar gerade für den Dienstvertrag, der Dienste höherer Art zum Gegenstand hat. Die Aufnahme des § 671 Abs. 2 unter die in § 675 angezogenen Vorschriften war demnach, wenn Geschäftsbesorgung Dienste höherer Art bedeuten sollte, überflüssig.[1])

Mit Recht ist gegenüber Dernburgs Auffassung auch schon geltend gemacht worden, daß der Begriff der Dienste höherer Art durchaus nicht scharf abgegrenzt ist und daß deshalb bei Zugrundelegung der Dernburg'schen Ansicht der alte gemeinrechtliche Streit über den Gegenstand wieder aufleben würde.[2])

§ 9.

Lotmar, Jäger, Hellmann, Goldmann-Lilienthal, Planck, Bernau.

Sehr eingehend hat sich Lotmar mit dem Begriff

Bericht der Reichstags-Kommission, S. 74. Daß das Gesetz durch Einzelvorschriften die Dienste höherer Art ausgezeichnet, steht mit dem im Text Gesagten nicht in Widerspruch.

[1]) Bormann a. a. O. S. 28.

[2]) Bormann a. a. O. S. 28.

der Geschäftsbesorgung befaßt.[1]) Seine Ausführungen mögen, da sie in der Hauptsache nur negative Abgrenzungen geben und sich deshalb schwer in eine Definition zusammenfassen lassen, in Kürze vorgetragen werden.

1. Geschäftsbesorgung ist Arbeit, oft auch Sachleistung, nie Sachleistung allein (Beweis: die Gegenüberstellung im H. G. B. § 354, B. G. B. § 196 Ziff. 1 und 7).

2. Geschäftsbesorgung ist vorzüglich aber nicht ausschließlich Vornahme von Rechtsgeschäften (Beweis: H. G. B. §§ 384, 383, wo sich Geschäftsbesorgung deutlich auf Rechtsgeschäfte bezieht; B. G. B. § 1357 Abs. 1 Satz 1, Satz 2: „Geschäfte besorgen" — „Rechtsgeschäfte vornehmen"; B. G. B. § 831 Abs. 2, Abs. 1).

3. Nicht jede außerhalb der Vornahme von Rechtsgeschäften liegende Arbeit ist Geschäftsbesorgung (B. G. B. § 675, Konk. Ord. § 23 Abs. 2). Zur Abgrenzung stehen 3 Anhaltspunkte zur Verfügung:

a) die gesetzlichen Beispiele (B. G. B. § 831);

b) der Begriff der Geschäftsbesorgung als Besorgung eines vom Geschäftsherrn übertragenen Geschäftes, das vor der Übertragung oder Übernahme dem Geschäftsherrn zusteht oder obliegt, so daß er durch die Besorgung der Geschäfte gewissermaßen ersetzt oder vertreten wird;

c) der Sprachgebrauch, nach welchem ausgeschlossen sind: die Arbeiten der Urproduktion, die bloß gewerblichen Arbeiten, die Arbeiten, die an oder mit der Person des Arbeitgebers vorgenommen werden.

Gegen die Ausführungen Lotmars unter 1, 2 und 3a, welche im wesentlichen nichts Neues bringen und nur wegen der eingehenden Begründung von Bedeutung sind, läßt sich nichts einwenden. Wenn hingegen Lotmar aus „übertragen" und „für diesen" folgert, daß der Ge-

[1]) Lotmar a. a. O. S. 274 ff.

schäftsherr durch den Geschäftsbesorger vertreten oder ersetzt werden müsse, so darf dies wohl als eine zu enge Auslegung der beiden Ausdrücke angesehen werden. Es ist schon oben § 4, S. 15 dargelegt worden, daß diese beiden Ausdrücke lediglich die Beziehung der Geschäftsführung zum Interessenkreis des Geschäftsherrn bezeichnen wollen. Es dürfte sich dies u. E. aus dem Inhalt der meisten auf die Geschäftsbesorgungsverträge anzuwendenden Vorschriften ergeben, die Notwendigkeit der Bestimmung des § 672 z. B. läßt sich leichter daraus herleiten, daß der Geschäftsführer im Interesse, als daraus, daß er an Stelle des Geschäftsherrn handelt. Daß ein Zurückgehen auf den Sprachgebrauch dann nicht mehr zulässig erscheint, wenn dasselbe zu einer den Intentionen des Gesetzes nicht mehr gerecht werdenden Einschränkung des Begriffes der Geschäftsbesorgung führt, zeigen gerade die von Lotmar vorgenommenen Ausschlüsse. Die Natur der Auftragsregeln verbietet deren Anwendung auf den Jäger oder Bergmann, auf den Tischler oder Schneider, auf den Arzt oder Lehrer[1]) kaum, sie erfordert im Gegenteil eine möglichst weite Auslegung der Geschäftsbesorgung.[2])

Die Forderung Lotmars, daß der Geschäftsherr durch den Geschäftsführer vertreten oder ersetzt werden müsse, kehrt in ausgeprägtester Form bei Hellmann[3]) wieder. Gegenüber Dernburgs Auslegung,

[1]) Daß die Tätigkeit der sämtlichen angeführten Personen nach unserer Definition stets eine Geschäftsbesorgung darstellt, soll selbstverständlich nicht behauptet werden.

[2]) Die letzten gegen Lotmar gerichteten Ausführungen gelten auch gegenüber Jäger, Konk. Ord. (2. Aufl.) zu § 22, 10, welcher zur Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung unter wiederholter Berufung auf Lotmar lediglich den Sprachgebrauch zu Hilfe nimmt, also z. B. die Ausführung eines Baues, die Anlage eines Parkes, nicht dagegen das Unterrichten, die ärztliche Behandlung, die Beförderung als Geschäftsbesorgung ansieht.

[3]) Hellmann a. a. O. S. 125/26.

die ihm keinen festen Anhaltspunkt zu bieten scheint, folgert Hellmann aus der Bedeutung des Wortes nach den Regeln der Sprache: Geschäftsbesorgung ist die Vornahme von Rechtsgeschäften und außerdem die Vornahme von Handlungen, die dem dominus negotii die sonst erforderliche Arbeit abnehmen. Die Dienstleistung des Lehrers, Arztes, Geistlichen ist nach Hellmann gerade keine Geschäftsbesorgung.

Gegen Hellmanns Begriffsbestimmung sprechen in erster Linie die schon wiederholt gegen eine zu starke Betonung des Sprachgebrauchs geltend gemachten Gründe. Es läßt sich gegen dieselbe aber auch noch folgendes vorbringen:

Abnahme eigener Arbeit des Dienstempfängers durch den Dienstverpflichteten findet bei allen Arbeitsverträgen statt, deren Wesen und Zweck ja gerade auf Arbeitsleistung für einen anderen gerichtet ist.[1]) Wenn A niemand findet, der mit ihm entsprechende Verträge schließt, so muß er das Reinigen der Kleider und das Kochen ebensogut selbst vornehmen wie das Unterrichten seiner Kinder oder das Verbinden einer Wunde. Jeder, der ihm eine dieser Tätigkeiten durch Vertrag abnimmt, wäre also nach der Hellmann'schen Definition Geschäftsbesorger. Dies hat jedoch offenbar Hellmann selbst nicht gemeint, er hat sich nur nicht genügend scharf ausgedrückt. Wie die von ihm angeführten Beispiele zeigen, wollte er offenbar sagen, daß durch die Geschäftsbesorgung dem Geschäftsherrn solche Arbeit abgenommen werden muß, die er für gewöhnlich selbst zu tun pflegt und selbst tun kann und die er nur im konkreten Fall nicht selbst tut, sodaß also Tätigkeiten, welche hergebrachterweise andere für ihn vornehmen, wie die des Arztes, des Lehrers von der Geschäftsbesorgung ausgeschlossen sind. Allein auch so ausgelegt

[1]) Bormann a. a. O. S. 27.

vermag die Begriffsbestimmung Hellmanns nicht zu einem befriedigenden Resultat zu führen. Die Arbeiten, welche nach den Verhältnissen des täglichen Lebens jemand selbst zu verrichten pflegt oder selbst verrichten kann, sind je nach seiner gesellschaftlichen und beruflichen Stellung verschieden. Ein und derselbe Vertrag wäre also bald als Geschäftsbesorgungsvertrag bald als gewöhnlicher Dienstvertrag zu behandeln, die Grenze der Geschäftsbesorgungsverträge würde eine äußerst unsichere werden. Man müßte, wie Isay[1]) mit Recht gegen Hellmann hervorgehoben hat, im Einzelfalle prüfen, ob nicht z. B. der Kranke, der den Arzt rufen läßt, den heilenden Eingriff selbst hätte vornehmen können.

Die Notwendigkeit, daß von Fall zu Fall zu untersuchen ist, ob die vom Dienstverpflichteten geleistete Tätigkeit in den Geschäftskreis des Berechtigten hineinfällt, dürfte sich auch als unabweisbare Konsequenz der Anschauung Goldmann-Lilienthals ergeben. Goldmann-Lilienthal[2]) führt die Vorschriften des Auftrags — der Vertrag des § 675 ist nach ihm entgeltlicher Auftrag — zurück auf zwei diesem Vertrag wesentliche Momente: Daß es sich um die Besorgung eines Geschäftes für einen andern handelt und daß das Geschäft aus besonderem Vertrauen übertragen ist. Gegen das zweite Erfordernis, aus welchem Goldmann-Lilienthal Selbständigkeit des Handelns für den Geschäftsführer folgert, läßt sich nichts einwenden. Wenn dagegen Goldmann-Lilienthal unter Bezugnahme auf die Stelle in den Protokollen[3]): „es werde sich in der Regel um solche Tätigkeit handeln, die innerhalb des Geschäftsbereiches des Geschäftsherrn vorzunehmen sei“ Geschäftsbesorgung dahin auslegt: es sei darunter die Erledigung solcher Angelegenheiten zu

[1]) Isay a. a. O. 47/48.
[2]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. § 186, Anm. 3.
[3]) Prot. II, S. 377.

verstehen, um die sich normalerweise der Geschäftsherr selbst zu kümmern habe, die seine Geschäfte seien, so muß dies aus den gegen Hellmann angeführten Gründen bedenklich erscheinen. Die Konsequenz, daß ein Tischler, der die Möbel eines Gelehrten repariert, nicht ein Geschäft des Gelehrten besorgt, weil dieser die Reparatur nicht selbst vorgenommen hätte, dürfte sich vielleicht nicht Hellmann, höchst wahrscheinlich aber bei seiner unzweifelhaften Fassung Goldmann-Lilienthal aneignen.

Daß die vom Geschäftsbesorger vorgenommenen Handlungen solche seien, welche der Geschäftsherr regelmäßig selbst vornimmt, oder solche, welche wenigstens grundsätzlich in den Kreis seiner Betätigung fallen, fordert auch Bernau[1]). Wenn trotz dieser Übereinstimmung mit Hellmann Bernau dessen Begriffsbestimmung (wie die Plancks und Dernburgs) als unzureichend bezeichnet, so hat dies seinen Grund darin, daß Bernau außer dem Angeführten noch zwei weitere Begriffsmerkmale der Geschäftsbesorgung aufstellt. Bernau verlangt nämlich noch, daß der Geschäftsführer selbständig, nicht rein mechanisch, dispositiv, nicht exekutiv tätig wird, sowie, daß die Tätigkeit auf einen wirtschaftlichen Erfolg, — Gütererzeugung, Güterverarbeitung, Güterverteilung, Güterversicherung gerichtet ist. Hiedurch wird selbstverständlich der Kreis der Geschäftsbesorgungsverträge bedeutend enger als bei Hellmann.

Durch die Beschränkung der Geschäftsbesorgung auf Tätigkeit zur Herbeiführung wirtschaftlicher Erfolge nähert sich Bernaus Begriffsbestimmung der Definition Oertmanns. Bernau bezeichnet deshalb auch letztere als im wesentlichen zutreffend. Die gegen

[1]) Bernau a. a. O. S. 228 ff. Wie Goldmann-Lilienthal nimmt Bernau hiebei Bezug auf die o. S. 40 angeführte Stelle in den Protokollen.

Bernaus einengende Interpretation geltend zu machenden Gründe sind also bereits gegenüber Oertmann (o. § 7 S. 31 f.) entwickelt.

Verwandt der Hellmann'schen Auffassung ist die Ansicht Plancks[1]), nach welcher Geschäftsbesorgung dann vorliegt, wenn der Verpflichtete ein Geschäft für den Berechtigten, an dessen Vornahme dieser tatsächlich oder rechtlich verhindert ist, erledigt. Der Begriff der tatsächlichen Verhinderung ist wohl nicht mißzuverstehen; es wird damit gemeint sein, daß äußere Umstände den Geschäftsherrn abhalten, das Geschäft selbst zu besorgen. Schwieriger ist der Fall zu konstruieren, daß ein Geschäft für den Geschäftsherrn infolge rechtlicher Verhinderung desselben vorgenommen wird. Es scheint der Abschluß eines Rechtsgeschäfts für einen Geschäftsunfähigen auf Grund eines mit dessen gesetzlichem Vertreter abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrages damit gemeint zu sein[2]). Gegen Plancks Definition läßt sich der Vorwurf, daß ihr die innere Rechtfertigung fehlt, unschwer begründen. Warum soll ein und derselbe Vertrag bald als gewöhnlicher Dienst- und Werkvertrag, bald als Geschäftsbesorgungsvertrag gelten, je nachdem die durch denselben übernommene Tätigkeit vom Geschäftsherrn infolge bloßer Willkür oder infolge tatsächlicher oder rechtlicher Verhinderung nicht selbst vorgenommen wurde? Kann dieser Unterschied, der doch den Inhalt der Leistung in keiner Weise berührt, einen derartigen Einfluß auf die rechtliche Behandlung des Vertrages ausüben, z. B. das Recht des Geschäftsführers auf Erstattung seiner Auslagen bedingen?

[1]) Planck a. a. O. Bd. II S. 423.
[2]) Bormann a. a. O. S. 26.

§ 10.

Riezler, F. Endemann, Kuhlenbeck, Neumann, Brückmann.

Riezlers[1]) Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung ist ungemein weit. Vor allem soll Geschäftsbesorgung immer dann vorliegen, wenn es sich um Vornahme eines Rechtsgeschäftes handelt, ferner immer dann, wenn die zu entfaltende Tätigkeit nicht eine rechtsgeschäftliche, sondern eine rein tatsächliche ist, sofern der Geschäftsherr an ihr ein unmittelbares Vermögensinteresse hat („jede irgendwie ökonomisch bedeutsame Handlung"), endlich auch dann, wenn die zu entfaltende Tätigkeit, selbst ohne rechtsgeschäftlichen Charakter zu haben und ohne das Vermögen des anderen Teils zu berühren, vom Geschäftsführer in Ausübung eines auf Vornahme von Handlungen solcher Art gerichteten Berufes vorgenommen wird.

Die Auffassung Riezlers wird, da nach ihr der Kreis der Geschäftsbesorgungsverträge von größtem Umfange ist, unangemessene Resultate im allgemeinen verhüten. Der Begriff des unmittelbaren Vermögensinteresses ist freilich nicht scharf abzugrenzen. Das von Riezler selbst als Beispiel angeführte Bemalen eines Hauses mit Fresken dient in der Regel doch wohl in erster Linie der Verschönerung und erst sekundär der Wertsteigerung; oder soll deshalb, weil die Handlung an einem Vermögensgegenstand vorgenommen wird, ein unmittelbares Vermögensinteresse gegeben sein? Handlungen von „unmittelbarem Vermögensinteresse" und „irgendwie ökonomisch bedeutsame Handlungen" decken sich übrigens u. E. nicht; Riezler, der die beiden Begriffe gleichstellt, muß demnach, wie auch das eben genannte Beispiel zeigt, den ersten derselben äußerst verallgemeinernd auffassen. Nicht gebilligt kann an der Riezler'schen

[1]) Riezler a. a. O. S. 75 ff.

Begriffsbestimmung werden, daß Handlungen lediglich dadurch, daß sie der Verpflichtete in Ausübung eines entsprechenden Berufes vornimmt, den Charakter von Geschäftsbesorgungen erhalten. Es werden durch Verwendung dieses rein äußerlichen Momentes als Unterscheidungsmerkmal dem Wesen nach gleichartige Vertragsverhältnisse einer aus dem Inhalte der in § 675 aufgeführten Vorschriften nicht begründbaren verschiedenen rechtlichen Behandlung unterworfen. Das Beispiel des Dilettanten bei Riezler (S. 77/78) scheint uns für Riezlers Behauptung nichts zu beweisen.

Noch umfassender als die Begriffsbestimmung Riezlers ist die Definition Endemanns:[1]) „Unter Geschäftsbesorgung ist zu verstehen die Entfaltung einer selbständigen in die civilrechtlich anerkannten Verhältnisse eines anderen unmittelbar eingreifenden Tätigkeit, sei es durch rechtsgeschäftliche Handlungen, sei es durch tatsächliche Verrichtungen." Abgesehen von dem Erfordernis der Selbständigkeit des Handelns enthält diese Definition kaum etwas, was zu einer Abgrenzung der Geschäftsbesorgung praktisch verwertbar wäre. Es dürften nach ihr nahezu alle Dienst- und Werkverträge unter § 675 fallen.[2])

Die Definition Kuhlenbecks[3]): „Geschäftsbesorgung umfaßt nicht bloß Rechtshandlungen sondern auch tatsächliche Dienstleistungen" stellt eigentlich einen Verzicht auf eine Begriffsbestimmung dar. Viel zu allgemein gehalten sind auch die Begriffsbestimmungen Neumanns:[4]) „Geschäftsbesorgung für einen andern

[1]) F. Endemann a. a. O. 1080/81.

[2]) Auch Prozeßhandlungen können nach Endemann Geschäftsbesorgungen sein, a. a. O. S. 1081 Anm. 23 am Ende.

[3]) Kuhlenbeck, das Bürgerl. Gesetzbuch, Vorbem. zu §§ 662, 675 Abs. 1.

[4]) Neumann, Handausg. des B. G. B., Vorbem. zu § 662; derselbe in der Monatsschr. f. Handelsrecht und Bankwesen, 12. Jahrg. (1903), Nr. 1 S. 32.

liegt in den Fällen vor, in welchen die Sorge für das Interesse einer Person an ihrer Stelle von einem andern ausgeübt wird oder (nach der Auffassung des Verkehrs) ausgeübt zu werden pflegt" und Brückmanns:[1]) „Geschäftsbesorgung ist Interessenvertretung. Gleichgiltig ist hiebei, welcher Art die zum Zweck der Geschäftsbesorgung entwickelte Tätigkeit ist, ob rechtsgeschäftlich oder faktisch, wenn nur das Geschäft überhaupt durch einen Vertreter besorgt werden kann."[2])

§ 11.

Hachenburg.

„Man kann eine Unterscheidung zwischen Dienstleistungen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, nicht machen."[3]) Zu diesem Ergebnis gelangt Hachenburg, nachdem er in Kürze verschiedene Abgrenzungsversuche gewürdigt hat. Er begründet seine Anschauung damit, daß er sagt, es lasse sich tatsächlich kein Fall denken, in welchem die in § 675 citierten Regeln des Auftrages sich nicht auf jeden Dienstvertrag anwenden ließen. Es muß Hachenburg auch tatsächlich zugegeben werden, daß die in § 675 angezogenen Vorschriften auf jeden Dienst- und Werkvertrag anwendbar zu sein scheinen. Diese Anwendung kann indes jederzeit im Wege der Analogie erfolgen, es ist also durchaus nicht notwendig eine Unterscheidung, welche das Gesetz offensichtlich konstruieren will, als nicht ausführbar von der Hand zu weisen. In Wirklichkeit läßt sich ein Unterschied zwischen Geschäftsbesorgung

[1]) Brückmann a. a. O. S. 21.

[2]) Brückmann und Neumann nähern sich offensichtlich den Anschauungen Hellmanns, Goldmann-Lilienthals u. s. w.

[3]) Hachenburg a. a O. S. 17.

und anderer Tätigkeit nach den den Ausführungen des § 4 (o S. 13 ff.) zu Grunde liegenden Gesichtspunkten sehr wohl aufrichten. Daß dieser Unterschied, wenn er auch die Ausdehnung des § 675 auf andere Dienst- und Werkverträge als die durch ihn umgrenzten Geschäftsbesorgungsverträge nicht vollkommen entbehrlich macht, doch die besondere rechtliche Behandlung der Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung wenigstens einigermaßen rechtfertigt, wird sich im II. Teil ergeben.

II. Teil.

Die rechtliche Behandlung der Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung.

4. Kapitel.

§ 12.

Die Anwendung der Vorschriften des Dienst- und Werkvertrages auf die Verträge des § 675.

Daraus, daß „Geschäftsbesorgung" Tätigkeit für Erreichung eines bestimmten Erfolges ist, daß nicht der Erfolg, sondern Tätigkeit für diesen vom Geschäftsbesorger versprochen wird, daß also „Leistung von Diensten", „Herstellung eines Werkes" und „Besorgung eines Geschäftes" Gegensätze bilden, ferner daraus, daß „Geschäftsbesorgung" in §§ 662 und 675 das gleiche bedeutet, die Verträge des § 675 also sich vom Auftrag lediglich durch die Entgeltlichkeit unterscheiden, wurde in § 4 der Schluß gezogen:

> Die Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung sind in Wirklichkeit nicht Dienst- und Werkverträge, sondern entgeltliche Aufträge.[1])

[1]) Scherer, das Recht der Schuldverh. des B.G.B., zu § 675, 1: „Durch diesen eingeschobenen § hat die II. Kommission ihr System, der Auftrag unterscheide sich durch die Unentgeltlichkeit vom Dienstvertrag und Werkvertrag, einfach aufgehoben."

Die Behauptung Lenels,[1]) daß der Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung eine falsche Konstruktion des Gesetzes sei, ist damit auf den Dienstvertrag entsprechend ausgedehnt. Die Behandlung der Geschäftsbesorgungsverträge als entgeltliche Aufträge liegt übrigens dem Gesetz nicht ganz so fern wie es scheinen mag, spricht doch die II. Kommission von den in § 675 behandelten Fällen als von solchen, in denen „tatsächlich ein entgeltlicher Auftrag vorliegt“,[2]) womit sie deutlich zu erkennen gibt, daß sie die jetzige Gestaltung nur notgedrungen, nur um das Prinzip der Unentgeltlichkeit des Auftrags nicht fallen lassen zu müssen, festhält. Aber auch ohne dieses in seinem Wert nicht zu überschätzende Argument läßt sich die aufgestellte, vom Gesetz bewußt abweichende Behauptung wohl aufrecht erhalten, da sie durchaus nicht zu unbrauchbaren Ergebnissen führt. Folgerichtig muß man allerdings aus ihr zunächst den Satz herleiten, daß die Verträge des § 675 als entgeltliche Aufträge in erster Linie Anwendung des Auftragsrechtes erfordern. Nachdem aber eine Behandlung derselben sowohl nach dem Rechte des Auftrags als auch nach dem Rechte des Dienst- und Werkvertrags vom Gesetz, wie § 675 zeigt, offenbar gewollt ist, wird man diese Verträge auch von dem hier vertretenen Standpunkt aus nach dem doppelten Rechte behandeln dürfen, nur daß eben die Reihenfolge die umgekehrte ist wie im Gesetzbuch.[3]) Freilich ist bei der Anwendung der Dienst- und Werkvertragsnormen der Unterschied von Dienst- und Werkvertrag einerseits und entgeltlichem Auftrag anderseits bezüglich des Inhalts der versprochenen Leistung stets im Auge zu behalten, es sind deshalb diese Rechtsregeln auf ihre Anwendbarkeit auf den entgeltlichen Auftrag genau zu prüfen.

[1]) Lenel a. a. O. S. 37. [2]) Prot. II, S. 376.

[3]) So bezüglich des Werkvertrages auf Geschäftsbesorgung Lenel a. a. O. S. 40.

Die Geschäftsbesorgungsverträge zerfallen wie schon in § 4 erwähnt in zwei Gruppen. Bei der einen, den Dienstverträgen auf Geschäftsbesorgung, ist die Vergütung schlechthin, bei der anderen, den Werkverträgen auf Geschäftsbesorgung, bedingt durch den Eintritt des Erfolges geschuldet. Diese Zweiteilung, welche, als nach einem rein äußerlichen Merkmale erfolgend, einen inneren Gegensatz der Verträge beider Gruppen nicht begründet, zieht unverkennbar eine Parallele zwischen Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung und gewöhnlichem Dienstvertrag einerseits und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung und gewöhnlichem Werkvertrag anderseits. Diese Parallele liegt naturgemäß der Anwendung der Dienst- und Werkvertragsvorschriften auf die Verträge des § 675 zu Grunde.

I. Zwischen dem Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung und dem gewöhnlichen Dienstvertrag ist die Verwandtschaft äußerst nahe. Die Unterscheidung beider Verträge ist eine rein dogmatische. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß bei den Geschäftsbesorgungsverträgen die geschuldete Tätigkeit von Anfang an, vertragsmäßig eine bestimmte Zielrichtung hat. Die Vorschriften, welche hiedurch bedingt sind, geben die Auftragsregeln, die Vorschriften des Dienstvertrages hingegen sind in keiner Weise darauf zugeschnitten, daß die Tätigkeit des Dienstverpflichteten nicht auf einen bestimmten Erfolg gerichtet ist. Sie stellen vielmehr nur allgemeine Rechtsregeln dar, anwendbar in allen Fällen, in denen jemand seine Arbeitskraft gegen Entgelt einem anderen überläßt (z. B. über Zahlung der Vergütung, über Annahmeverzug des Dienstberechtigten, vorübergehende Verhinderung des Dienstverpflichteten, Endigung des Dienstverhältnisses). Es besteht deshalb kein Bedenken, die Dienstvertragsvorschriften in ihrer Gesamtheit auf den dienstvertragsähnlichen entgeltlichen Auftrag anzuwenden. Besonders sei, da § 664 in § 675 nicht mit-

angeführt ist, die Anwendbarkeit des § 613 auf den entgeltlichen Auftrag hervorgehoben; auch für den entgeltlichen Auftrag muß ja ohne Zweifel der in den Motiven ausgesprochene Grundsatz gelten, daß der Verpflichtete nicht zur Dienstverschaffung sondern zur Dienstleistung verpflichtet ist.[1])

II. Wesentlich schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Werkvertragsnormen auf den Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung. Es ist allerdings auch hier eine Verwandtschaft der beiden Verträge gegeben, beruhend auf der Zugehörigkeit derselben zur Gruppe der Arbeitsverträge, es besteht sogar eine gewisse äußerliche Ähnlichkeit infolge der Bedeutung des Erfolges für die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Zahlung der Vergütung, allein es besteht zwischen den beiden Verträgen ein tiefgreifender Gegensatz: beim Geschäftsbesorgungsvertrag ist der Erfolg Bedingung für die Leistung des Entgeltes, beim Werkvertrag ist er geschuldet. Unter Berücksichtigung dieses grundlegenden Unterschieds gelangen wir bei Prüfung der Werkvertragsvorschriften auf ihre Anwendbarkeit auf den entgeltlichen Auftrag zu folgendem Ergebnisse.

Ausgeschlossen von der Anwendung sind die §§ 633 bis 639. Da der Geschäftsbesorger keinen Erfolg versprochen hat, haftet er für den Nichteintritt des Erfolges ebensowenig wie für Mangelhaftigkeit der Sache, deren Herstellung oder Bearbeitung den Inhalt der von ihm geschuldeten Tätigkeit bildet. Es kann deshalb, wenn der Erfolg ausgeblieben ist oder wenn Mängel vorhanden sind, von dem Geschäftsführer, der ordnungsgemäß tätig geworden ist, also seiner Vertragspflicht genügt hat, weder weiteres Bemühen zur Herbeiführung des Erfolges noch Beseitigung der Mängel noch Wandlung oder Minderung verlangt werden. Allerdings haben die

[1]) Mot. II, S. 457; vgl. auch Prot. II, S. 279.

genannten Umstände auch für ihn Folgen, schwerere sogar als für den Unternehmer. Der Eintritt des Erfolges ist Bedingung für die Gewährung der Vergütung. Bleibt der Erfolg aus oder sind Mängel vorhanden — es besteht in dem vorliegenden Zusammenhang zwischen Nichteintritt des Erfolges und Mangelhaftigkeit nur ein gradueller Unterschied —, so ist die Bedingung eben nicht eingetreten, der Geschäftsführer bekommt für seine Tätigkeit nichts. Es erscheint dies ohne Zweifel äußerst hart für den Beauftragten, allein durchaus nicht unbillig, wenn man bedenkt, daß der Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung, wie in § 4 am Ende entwickelt, eine anormale Art der Vereinbarung darstellt. Es entspricht den Grundsätzen der wirtschaftlichen Vernunft und dem Gebrauch des täglichen Lebens, daß der Arbeitende überall da, wo er der Erreichung des Zieles nicht sicher ist, sich das Entgelt für seine Tätigkeit ohne Rücksicht auf das Gelingen versprechen läßt.[1]) Denkbar sind indes Fälle des Werkvertrags auf Geschäftsbesorgung immerhin; z. B. ein Rechtsanwalt, der aus wissenschaftlichem Interesse eine Angelegenheit des A zur gerichtlichen Entscheidung bringen möchte, vermag den allem Prozessieren abgeneigten A nur dadurch zu bestimmen, ihm die Durchführung der Streitsache zu übertragen, daß er ein Honorar nur für den Fall eines obsiegenden Urteils beansprucht, oder ein Arzt läßt sich von einem Patienten Honorar nur für den Fall vollständiger Heilung versprechen.

Gleichgiltig wird es im allgemeinen für die rechtliche Beurteilung sein, aus welchem Grunde der Erfolg nicht eintritt.[2]) Ist das Ziel nicht erreicht infolge eines Verschuldens des Beauftragten (vgl. B. G. B. § 276), so

1) Lenel a. a. O. S. 41.

2) Im Fall des Unmöglichwerdens des Erfolges kann insbesondere nicht von einer Anwendung der §§ 323—325 die Rede sein, denn der Erfolg ist nicht „die obliegende Leistung."

kann selbstverständlich für diesen die Verpflichtung zum Schadensersatz nach allgemeinen Grundsätzen begründet sein, z. B. wenn der Rechtsanwalt in dem oben angeführten Beispiel, nachdem er in erster Instanz unterlegen war, ein neues, seinem Mandanten günstiges Beweismittel entdeckt, aber fahrlässig die Einlegung der Berufung versäumt.

Daß unter Umständen § 162 zu Gunsten des Beauftragten Anwendung finden kann, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden.

Abgesehen von den mit der Haftung für den Erfolg zusammenhängenden Vorschriften dürften die Werkvertragssätze sämtlich auf den entgeltlichen Auftrag anwendbar sein.

Die Anwendbarkeit des § 640 folgt aus dem Wesen der Abnahme. An dieser als einem die, wenn auch nur vorläufige, Billigung (§ 363) enthaltenden Akte hat der Beauftragte angesichts der schweren Folgen etwaiger Mangelhaftigkeit mindestens ebensoviel Interesse wie der Unternehmer. Die Anwendung des § 641 (Entrichtung der Vergütung) und der §§ 642, 643 (Mitwirkung des Geschäftsherrn) dürfte Bedenken kaum unterliegen. Das gleiche gilt wohl auch bezüglich einer analogen Anwendung der Vorschriften über die Tragung der Gefahr (§§ 644, 645). Auch die Vorschriften über das Pfandrecht des Unternehmers und über die Kündigung passen, da sie den Unterschied der in Betracht kommenden Verträge nicht berühren, ebensogut für den entgeltlichen Auftrag wie für den Werkvertrag.

5. Kapitel.

Die Anwendung der Auftragsvorschriften auf die Verträge des § 675.

§ 13.

Die Anzeigepflicht des § 663.

Die Vorschrift des § 663 findet sich schon im I. Entwurf. Dort bestimmt § 587:

> „Nimmt jemand, welcher zur Besorgung gewisser Geschäfte entweder öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat, einen auf solche Geschäfte sich beziehenden Auftrag nicht an, so ist er verpflichtet, dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen".

Die Motive bemerken zu diesem §, daß die Bestimmung desselben mit Rücksicht auf ihre Geltung im modernen Recht, insbesondere mit Rücksicht auf Art. 323, jetzt § 362 des H. G. B. und auf § 30 der Rechtsanwalts-Ordnung in den Entwurf aufgenommen worden sei.[1])

Die II. Kommission strich die Worte „öffentlich bestellt" mit der Begründung, es sei, nachdem man die Unentgeltlichkeit zum Begriffsmerkmale des Auftrags erhoben habe, für den gestrichenen Rechtssatz keine Anwendung mehr. Wenn jemand zur unentgeltlichen Besorgung von Geschäften öffentlich bestellt sei, bekleide er ein Amt, werde also nach Amtspflicht tätig, nicht

---

[1]) Mot. II, S. 530.

auf Grund eines Auftragsverhältnisses.[1]) Gleichzeitig erschien es der II. Kommission notwendig, für den Dienstvertrag die Vorschrift des § 587 besonders aufzustellen (II. Entw. § 553, B. V. § 605) „wegen der in Aussicht genommenen Unterstellung des im I. Entwurf als entgeltlicher Auftrag behandelten Verhältnisses unter die Normen des Dienstvertrages.“[2]) Vom Bundesrat wurde der § 605 der Vorlage gestrichen. Dem § 587 wurde seine alte Fassung durch Wiedereinstellen der Worte „öffentlich bestellt“ wiedergegeben, außerdem wurde derselbe erweitert durch Ausdehnung seiner Vorschrift auf die Fälle des Erbietens gegenüber dem Auftraggeber.

Will man die Tragweite des § 663 feststellen, so sind in erster Linie die die Grundlage des Tatbestandes bildenden Ausdrücke „öffentlich bestellt“, „öffentlich erboten“ und „dem Auftraggeber gegenüber erboten“ zu erklären. Sie sind dem § 407 der C. P. O. (früher § 372) entlehnt. Gegenüber Seuffert,[3]) der unter „öffentlich bestellt“ nur Bestellung durch den Staat oder einen staatlichen Verband verstehen will, ist mit Oertmann[4]) wohl anzunehmen, daß mit „öffentlich bestellt“ auch Bestellung durch einen Privatverein unter Wahrung der erforderlichen Publizität gemeint ist. Diese weite Auffassung der öffentlichen Bestellung hat in erster Linie für die unentgeltliche Geschäftsbesorgung Bedeutung, sie vergrößert aber auch für das Gebiet der entgeltlichen Geschäftsbesorgung den Kreis der unter § 663 fallenden Personen ganz bedeutend. Wir können nunmehr nicht

[1]) Prot. II, S. 278.

[2]) Das Vorgehen der II. Kommission erscheint nicht ganz folgerichtig. Nach der angeführten Begründung sollten durch die eingeschobene Vorschrift offenbar nur diejenigen Dienstverträge getroffen werden, welche man wegen der prinzipiellen Unentgeltlichkeit des Auftrages nicht als Aufträge behandeln konnte; § 553 aber bezieht sich auf sämtliche Dienstverträge.

[3]) Seuffert, Kommentar zur C. P. O., zu § 407 Nr. 2.

[4]) Oertmann a. a. O. zu § 663 Anm. 2.

nur Notare, Gerichtsvollzieher,[1]) Taxatoren, Handelsmäkler dem § 663 unterwerfen, sondern auch etwa einen Vereinsarzt, der gegen ermäßigtes Honorar die Mitglieder behandeln soll oder ein von einem Verein errichtetes Rechtsauskunftsbureau.[2]) Wegen größerer Häufigkeit haben die Fälle, in denen sich der Auftragsempfänger zur Geschäftsbesorgung „öffentlich erboten" hat gegenüber den Fällen der öffentlichen Bestellung erhöhte Bedeutung. „Öffentliches Erbieten" ist gegeben, wenn das Erbieten nicht an individuell bestimmte Personen gerichtet ist; es genügt auch Erbieten an Personen eines begrenzten Kreises, z. B. an die Abonnenten eines Fachblattes, an die Mitglieder eines Vereines.[3]) Die Art des Erbietens ist gleichgiltig. Vielfach wird schon in gewerbsmäßiger Ausübung, im Anbringen eines Schildes oder Anschlages an den Wohnungs- oder Geschäftsräumen ein öffentliches Erbieten zu erblicken sein[4]). Zu den Personen, die sich öffentlich zur Geschäftsbesorgung erbieten, sind z. B. zu rechnen: Privatdetektivs, Rechtskonsulenten, Mäkler, Agenten, Ärzte, Spediteure, Bankiers. Das Erbieten darf selbstverständlich — dies ist beonders in den Fällen des Erbietens gegenüber dem Auftraggeber genau zu beachten — nicht eine Offerte darstellen, es darf nur eine Aufforderung sein, Offerten zu machen.

Der Auftrag zur Geschäftsbesorgung muß, um die in § 663 ausgesprochene Verpflichtung zu begründen,

[1]) Die Haftung des Gerichtsvollziehers gegenüber dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nach den Grundsätzen des eine Geschäftsbesorgung betreffenden Dienstvertrags zu beurteilen; einer vom Gerichtsvollzieher vorgenommenen Zwangsvollstreckungshandlung wird dadurch der Charakter einer Amtshandlung nicht genommen; R. G. 56. 81.

[2]) Rechtsanwälte sind zwar öffentlich bestellt, sie fallen aber nicht unter § 663, für sie ist R. O. § 30 lex specialis.

[3]) Oertmann a. a. O. zu § 657. 1.

[4]) Vgl. Prot. II, S. 278.

dem Erbieten entsprechen. Ist das Erbieten auf entgeltliche Geschäftsbesorgung gerichtet, so kann ein Auftrag zur unentgeltlichen Geschäftsbesorgung die Anzeigepflicht des Beauftragten wohl nicht zur Folge haben.[1])

§ 663 legt dem Auftragsempfänger die Pflicht auf, die Ablehnung des Auftrages dem Auftraggeber unverzüglich, d. h. ohne schuldhafte Verzögerung anzuzeigen.

1. Damit hat das Gesetz keinen Kontrahierungszwang geschaffen. Die in § 663 genannten Personen sind in ihrem Entschlusse durchaus frei.

2. Es ist damit auch keine „Verpflichtung" zur Anzeige begründet.[2])

3. Das Gesetz spricht mit § 663 auch keine Fiktion der Annahme des Vertragsantrages aus. Die Fiktion wurde sogar von den Motiven ausdrücklich abgelehnt, da Gründe der Zweckmäßigkeit für ihre Aufstellung fehlten.[3])

4. Es soll auf Grund des § 663 im Falle des Schweigens des Antragsempfängers auch nicht die Vermutung Platz greifen, der Vertragsantrag sei angenommen. Der Antragende muß, wenn er die Annahme seiner Offerte behauptet, dafür Beweis erbringen.

Es erübrigt also, aus § 663 lediglich eine Schadensersatzpflicht des Oblaten gegenüber dem Offerenten im Falle der Verletzung der ihm auferlegten Anzeigepflicht herzuleiten. Dies haben auch die Motive gewollt und ausgesprochen.[4]) Zu ersetzen ist dem Antragenden der Schaden, der ihm dadurch erwachsen ist, daß er darauf vertraut, der andere Teil werde seine Offerte annehmen, oder angenommen haben. Die Analogie mit den Fällen des § 122, in welchen der Schaden durch

[1]) Kipp a. a. O. S. 674/75.

[2]) Siber, Rechtszwang S. 38 (Jahrb. des deutschen Rechtes II. Jahrg. § 663, 5).

[3]) Mot. II, S. 530.

[4]) Mot. II, S. 530.

Vertrauen auf die Gültigkeit einer Willenserklärung entstanden ist, ist unverkennbar. Es wird deshalb § 122 für die Höhe des zu ersetzenden Schadens maßgebend sein, d. h. die Verpflichtung zum Schadensersatz wird nicht über den Betrag des Interesses hinausgehen dürfen, welches der Antragende an der Annahme seines Antrages hat (negatives Vertragsinteresse). Zu gründen ist der Anspruch auf Schadensersatz auf § 823 Abs. 2, auf die Verletzung eines Schutzgesetzes.

Der Entscheidung der Frage, ob sich die Beschränkung der Vorschrift des § 663 auf die Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung rechtfertigt oder ob nicht auch eine analoge Anwendung dieses § auf alle Dienst- und Werkverträge geboten erscheint, können wir die Ausführungen Lenels zu Grunde legen.

Der Auftrag zu einer Geschäftsbesorgung mute, sagt Lenel,[1]) dem Beauftragten nur Tätigkeit, nicht Vermögensopfer zu. Damit hänge zusammen, daß Aufträge so unendlich oft in dem Sinne erteilt würden, daß der Beauftragte ohne Annahmeerklärung sofort mit der Besorgung des Geschäftes vorgehen sollte. Sei nun jemand öffentlich zur Besorgung gewisser Geschäfte bestellt oder habe er sich öffentlich dazu erboten, so sei die Erwartung berechtigt, daß er ihm zugehende Aufträge auch wirklich ausführen werde. Das Gesetz gehe also nicht zu weit, wenn es ihm für den Ablehnungsfall Antwortpflicht auferlege.[2])

Es dürfte kaum einem Zweifel unterliegen, daß diese Erwägungen Lenels die Ausdehnung der Anzeige-

[1]) Lenel a. a. O. S. 39.

[2]) Darin, daß der Antragende in den Fällen des § 663 bei Schweigen des Antragsempfängers zu der Erwartung berechtigt ist, dieser werde sofort mit der Ausführung des Auftrages beginnen oder schon damit begonnen haben, m. a. W., daß er an eine „stille Annahme“ nach § 151 (Cosack a. a. O. S. 182) glauben darf, liegt der Berührungspunkt von § 663 und § 151. Ein Widerspruch zwischen den beiden Gesetzesstellen besteht nicht.

pflicht des § 663 auf gewöhnliche Dienstverträge sehr wohl zu begründen vermögen. Zwischen Dienstvertrag und entgeltlichem Auftrag besteht ja, wie schon oben S. 49 bemerkt, kein innerer Unterschied. Der Dienstverpflichtete hat ebenso wie der Beauftragte nur Arbeit zu leisten, kein Vermögensopfer zu bringen. Die Anwendung des § 663 enthält also für den Dienstverpflichteten durchaus keine größere Härte als für den Beauftragten.

Ganz anders liegt die Sache beim Werkvertrag. Der Unternehmer eines Werkes hat, wie Lenel mit Recht geltend macht, meist nicht bloß Arbeit, sondern auch Kosten auf eigene Gefahr aufzuwenden, Kosten, für die er, wenn ihm trotz aller Sorgfalt die Herstellung des Werkes nicht gelingt, keinen Ersatz erhält. Es kann deshalb von ihm nicht wie vom Beauftragten erwartet werden, daß er auf jeden Antrag hin sich ohne Rücksicht auf die Verhältnisse und auf die Person des Bestellers ans Werk machen werde. Diese Erwartung erscheint selbst dann nicht berechtigt, wenn öffentliche Bestellung oder öffentliches Erbieten des Unternehmers vorliegt, sie dürfte jedoch u. E. wohl dann am Platze sein, wenn sich der Unternehmer dem Antragenden gegenüber erboten hat. Eine allgemeine Regel läßt sich jedoch auch in dem letzteren Falle kaum aufstellen.

Der Behauptung Hachenburgs, der § 663 eigne sich zur Anwendung auf jeden Dienstvertrag und Werkvertrag ebensogut wie auf den Geschäftsbesorgungsvertrag,[1]) kann mithin in ihrer Allgemeinheit nicht zugestimmt werden.

Die Verträge auf Geschäftsbesorgung sind in § 362 Abs. 1 des H. G. B. mit einer ähnlichen Bestimmung wie in § 663 B. G. B. berücksichtigt:

„Geht einem Kaufmann, dessen Gewerbebetrieb

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 20; die Anwendbarkeit von § 663 auf den Werkvertrag behauptet auch Kipp a. a. O. S. 676.

„die Besorgung von Geschäften für andere mit sich „bringt, ein Antrag über die Besorgung solcher „Geschäfte von jemand zu, mit dem er in Geschäfts„verbindung steht, so ist er verpflichtet, unver„züglich zu antworten; sein Schweigen gilt als „Annahme des Antrages. Das Gleiche gilt, wenn „einem Kaufmann ein Antrag über die Besorgung „von Geschäften von jemand zugeht, dem gegen„über er sich zur Besorgung solcher Geschäfte „erboten hat."

Der wesentlichste Unterschied der §§ 663 B. G. B. und 362 H. G. B. liegt in den Folgen des Schweigens des Antragsempfängers. § 362 H. G. B. knüpft an dasselbe die Fiktion der Annahme, gibt also dem Antragenden nicht nur einen Anspruch auf Schadensersatz, sondern einen Anspruch auf Vertragserfüllung (auf das positive Vertragsinteresse). Wo sich §§ 663 B. G. B. und 362 H. G. B. gleichzeitig als anwendbar erweisen, hat selbstverständlich § 362 H. G. B als lex specialis den Vorzug, z. B., wenn ein Bankier sich jemand gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte, oder wenn sich ein Reisebureau, dessen Inhaber Kaufmann ist, jemand gegenüber zur Besorgung von Fahrscheinen erboten hat.[1])

§ 14.

Die Pflichten des Geschäftsbesorgers (B. G. B. §§ 665 bis 668).

I. § 665, dessen Bestimmung schon im I. Entwurf § 590 enthalten ist, räumt dem Geschäftsbesorger das Recht ein, von den Weisungen des Geschäftsherrn abzuweichen, wenn er annehmen darf, daß dieser bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Ge-

[1]) Vgl. Staub a. a. O. zu § 362 Anm. 1.

schäftsbesorger soll jedoch, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, vor der Abweichung dem Geschäftsherrn Kenntnis geben und dessen Entscheidung abwarten.

Der § 665 enthält zwei Grundsätze, die getrennt betrachtet werden müssen.

1. Durch argumentum e contrario folgt aus Satz 1 des § 665, daß der Beauftragte an die Weisungen des Auftraggebers sich halten muß. Die Frage, ob auch beim gewöhnlichen Dienst- und Werkvertrag diese Verpflichtung besteht, oder ob dieselbe eine innerlich begründete Besonderheit der Geschäftsbesorgungsverträge darstellt, läßt sich folgendermaßen beantworten.

Beim gewöhnlichen Dienstvertrag heben die Motive ausdrücklich hervor, daß Vorschriften über die Art und Weise der Dienstleistung, insbesondere Vorschriften darüber, ob der Dienstverpflichtete nach den Weisungen des Berechtigten die Dienste zu leisten habe, entbehrlich seien und sich wegen der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle und bei dem weiten Umfange des für den Dienstvertrag sich ergebenden Begriffes nicht ohne Gefahr aufstellen ließen.[1]) Im allgemeinen wird man aber wohl sagen können, daß der Dienstschuldner Weisungen, die nicht im Vertrag enthalten sind, nur zu beachten braucht, soweit deren Beachtung nach den Grundsätzen von Treue und Glauben im Verkehr verlangt werden kann. (B. G. B. § 242.) Hiernach wird er allerdings vielfach an die Weisungen des Dienstherrn gebunden sein; in dem Dienstvertrag liegt eben, entsprechend seiner Natur als ein zur Verfügungstellen der Arbeitskraft, meist eine gewisse Unterordnung unter den Willen des Berechtigten. Es soll dabei durchaus nicht verkannt werden, daß bei manchen Dienstverträgen eine strenge Gebundenheit des Dienstverpflichteten an die Weisungen des Dienstberechtigten dem Wesen der geschuldeten

[1]) Mot. II, S. 458.

Leistung zuwiderläuft. Dies gilt in der Hauptsache von Diensten höherer Art, z. B. von Diensten der Rechtsanwälte, Ärzte u. s. w.[1])

Anders liegt die Sache beim Werkvertrag. Der Unternehmer hat ein Werk versprochen, er haftet für dessen Zustandekommen und für Mangelfreiheit. Es muß ihm deshalb der Weg, auf dem er zum Erfolg gelangen will, vollkommen überlassen bleiben.[2]) Eine Verpflichtung, den — nicht im Vertrag enthaltenen — Weisungen des Bestellers zu folgen, widerspricht also dem Wesen des Werkvertrages.

Im Gegensatz zum Unternehmer verspricht der Beauftragte nicht den Erfolg, sondern nur Tätigwerden für denselben. Die eben angeführte Begründung, daß die Art und Weise der Tätigkeit vollkommen ihm anheim gestellt werden muß, trifft also für ihn nicht zu. Der Geschäftsbesorger greift durch die Geschäftsbesorgung handelnd in den Interessenkreis des Geschäftsherrn ein, es ist deshalb selbstverständlich, daß er nach den Weisungen des Geschäftsherrn tätig werden muß. Dem Geschäftsherrn soll der Einfluß auf die Geschäftsführung, die in seinem Interesse geschieht, gewahrt bleiben. Es ergibt sich also für alle Fälle der Geschäftsbesorgung, mag dieselbe entgeltlich oder unentgeltlich übernommen sein, die in § 665 indirekt enthaltene Verpflichtung des Geschäftsführers, die Weisungen des Ge-

[1]) Also auch von Geschäftsbesorgungsverträgen. — Die freiere Stellung der genannten Personen gegenüber den Weisungen des Dienstberechtigten beruht darauf, daß sie zu Tätigkeit nach den Regeln ihrer Kunst und Wissenschaft sich verpflichtet haben. Das Recht, Weisungen die Folge zu versagen, wird ihnen deshalb nur dann zugebilligt werden dürfen, wenn ihnen durch dieselben ein Kunstfehler zugemutet wird. Dagegen wird der Arzt z. B. die Weisung eine Operation nicht vorzunehmen, einen Zahn nicht zu ziehen, jederzeit befolgen müssen. (Hellwig, Stellung des Arztes, S. 22. Vgl. auch Prot. II, S. 277.)

[2]) Lenel a. a. O. S. 39.

schäftsherrn zu beachten, mögen sie im Vertrage enthalten sein oder nachträglich erfolgen, als wohlbegründeter Rechtssatz.

Die eben aufgestellte Behauptung, daß der Geschäftsbesorger ganz allgemein an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden sei, erfordert jedoch im Interesse des Geschäftsführers dringend eine Einschränkung. Es kann zweifellos dem Geschäftsführer nicht zugemutet werden, Weisungen des Berechtigten zu befolgen, die seine Stellung unbillig erschweren. (Vgl. das Beispiel bei Oertmann a. a. O. § 665, 1.) Vielleicht läßt sich aus dem Wesen der Geschäftsbesorgung als Tätigkeit zur Erreichung eines bestimmten Erfolges die Gebundenheit des Beauftragten an die Weisungen des Auftraggebers negativ dadurch umgrenzen, daß man sagt: Weisungen, die an Stelle der vertragsmäßigen Tätigkeit und Zielrichtung eine andere Tätigkeit und Zielrichtung setzen, sind nicht zu beachten, denn sie setzen an Stelle des ursprünglichen Auftrages einen neuen. Eine solche Veränderung des Auftrages dürfte in dem von Oertmann a. a. O. § 665, 1 gegebenen Beispiel der Auftrag ging auf Abschluß eines Geschäftes in London, nach neuerlich erteilter Weisung soll das Geschäft in New-York abgeschlossen werden — vorliegen, der Beauftragte dürfte also hier berechtigt sein, die erteilte Weisung zu ignorieren. Für Fälle, in denen die eben aufgestellte Regel versagen sollte, bietet § 242 B. G. B. dem Geschäftsführer hinreichenden Schutz gegen offenbar unbillige Zumutungen des Geschäftsherrn. Es liegt also für den Beauftragten darin, daß allgemein für ihn die Verpflichtung aufgestellt wurde, nach den Weisungen des Geschäftsherrn zu handeln, kaum eine Gefahr.

2. Daß der Geschäftsbesorger unter den in § 665 angeführten Voraussetzungen von den Weisungen des Auftraggebers abweichen darf, ist eine Folge der im Wesen der Geschäftsbesorgung liegenden Selbständigkeit

des Geschäftsführers. Dieser ist nicht ein mechanisches Werkzeug, sondern stellt seine Intelligenz in den Dienst des Auftraggebers; er handelt also mit einer gewissen Verantwortlichkeit. Aus dieser Selbständigkeit und Verantwortlichkeit rechtfertigt sich auch der in § 665 freilich nicht ausgesprochene Satz, daß der Geschäftsbesorger, der bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 665 nicht nach diesem § vorgeht, dem Geschäftsherrn den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen hat, m. a. W., daß der Geschäftsbesorger zum Abweichen von den Weisungen des Geschäftsherrn verpflichtet ist.[1]) Es ist wohl selbstverständlich, daß eine derartige Verpflichtung des Beauftragten nur dann begründet sein kann, wenn dieselbe eine erhebliche Mehrbelastung für ihn nicht zur Folge hat.[2])

Abgesehen von den Fällen des § 665 darf der Geschäftsführer die Grenzen des Auftrags nicht überschreiten. Eine Erledigung des aufgetragenen Geschäftes unter für den Geschäftsherrn günstigeren Bedingungen dürfte als Überschreitung der Grenzen nicht gelten. Diese Auslegungsregel (vgl. hiezu l. 5 D. 17. 1: melior causa mandantis fieri potest) geben (mit Vorbehalt) auch die Motive. Die Frage, ob im Falle einer Überschreitung der Grenzen des Auftrages der Beauftragte den Ausfall mit eigenen Mitteln ausgleichen darf, dürfte von Oertmann unter Hinweis auf H. G. B. § 386 Abs. 2 richtig zu Gunsten des Beauftragten entschieden sein.[3]) Über das Rücktrittsrecht des Geschäftsherrn im Falle der Überschreitung des Auftrages hat sich das Reichsgericht näher verbreitet. (R. G. 57. 392)

Soll das Recht von den Weisungen des Geschäftsherrn abzuweichen auch beim gewöhnlichen Dienstver-

[1]) Vgl. Fischer-Henle a. a. O. 665, 1; a. M. bezüglich der Begründung Matthiaß a. a. O. S. 608.

[2]) Vgl. Oertmann a. a. O. § 665, 3.

[3]) Oertmann a. a. O. § 665, 5 b.

trag dem Verpflichteten zustehen? Man kann diese Frage mit Hachenburg[1]) bejahen, selbst ohne Hachenburgs negative Anschauung vom Begriff der Geschäftsbesorgung zu teilen. Überall da, wo auf Grund eines gewöhnlichen Dienstvertrages dem Verpflichteten die Erledigung einer bestimmten Angelegenheit aufgetragen wird, wird derselbe nach Art eines Beauftragten, also auch selbständig und mit einer gewissen Verantwortlichkeit tätig. Es erscheint deshalb eine analoge Anwendung des § 665 möglich und geboten. Das Dienstmädchen, das nicht in dem ihm bezeichneten, sondern in einem anderen Geschäft einen Einkauf macht, weil es erfahren hat, daß in dem ersteren die zu kaufende Ware schlecht sei, wird man zu diesem Vorgehen sicherlich für berechtigt halten müssen; der Handlungsbevollmächtigte, der die Weisung erhalten hat, mit einer bestimmten Firma einen Vertrag zu schließen, der aber erfährt, daß diese Firma in den nächsten Tagen ihre Zahlungen einstellen werde, und der deshalb den Abschluß des Vertrages unterläßt, ist sicherlich wie ein Beauftragter zu dieser Handlung berechtigt und verpflichtet.

Für den Werkvertrag ist die Frage, ob der Unternehmer von den Weisungen des Bestellers abweichen darf, von geringer Bedeutung, da eine Verpflichtung des Unternehmers, den Weisungen des Bestellers zu folgen, im allgemeinen nicht besteht, sie wird wohl aber, soweit eine derartige Verpflichtung begründet ist, unbedingt zu bejahen sein.[2])

II. § 666 —. Im I. Entwurf enthält § 591 lediglich die Verpflichtung des Beauftragten zur Rechenschaftsablage nach Ausführung des Auftrages.[3]) Die weiteren Verpflichtungen des Geschäftsbesorgers, dem

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 21.

[2]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 676; Hachenburg a. a. O. S. 21.

[3]) Die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage besteht auch bei vorzeitiger Beendigung des Auftragverhältnisses; R. G. 65. 116.

Geschäftsherrn auf Verlangen über den Stand des Geschäftes Auskunft zu erteilen und ihm (unaufgefordert) die erforderlichen Nachrichten zu geben, glaubte die I. Kommission nicht besonders aussprechen zu müssen, da sie in der Natur des Auftragverhältnisses lägen,[1]) sie wurden vielmehr erst von der II. Kommission in das Gesetz aufgenommen.[2])

Mit Recht zählt Löwenfeld die Vorschrift des § 666 zu denjenigen Rechtsregeln, die nur zufällig im Auftragsrechte stehen, während sie in Wirklichkeit für jeden Dienst- und Werkvertrag Geltung beanspruchen könnten.[3]) Die in § 666 statuierten Verpflichtungen ergeben sich eben nicht nur aus der Natur des Auftragsverhältnisses, sondern aus der Natur des Arbeitsvertrages überhaupt. Das Interesse des Berechtigten, über den Stand des Geschäftes jederzeit unterrichtet zu sein und bei Beendigung des Vertragsverhältnisses Rechenschaft zu bekommen, besteht überall da, wo vertragsmäßig für einen andern Arbeit geleistet wird. Ohne Zweifel ist allerdings eine Verpflichtung nach § 665 nicht denkbar, wenn es sich nicht um eine bestimmte Angelegenheit, ein Geschäft, handelt, und insofern ist die Bestimmung dieses § in erster Linie von Bedeutung für Verträge, die von Anfang an auf ein bestimmtes Ziel gerichtet sind; die Notwendigkeit der analogen Anwendung auf alle Fälle, in denen auf Grund Einzelauftrages innerhalb eines gewöhnlichen Dienstvertrages der Verpflichtete für einen bestimmten Erfolg tätig wird, ergibt sich aus den gemachten Ausführungen. Auch auf den Werkvertrag erscheint § 666 anwendbar, zum Mindesten bezüglich der Auskunfts- und Nachrichtenpflicht. Die Verpflichtung des Unternehmers zur Rechenschaftsablage liegt dem

[1]) Mot. II, S. 537.
[2]) Prot. II, S. 358.
[3]) Löwenfeld a. a. O. S. 869, 871.

Wesen des Werkvertrages ferne. Der Unternehmer verspricht das fertige Werk; wie er es herstellt, ob auf kostspieligem oder auf billigem Wege, ist seine Sache und für die Verpflichtung des Bestellers zur Zahlung des Entgeltes ohne Belang. Es besteht also für Rechenschaftsablage keine Veranlassung. Eine Pflicht zur Rechnungslegung kann sich höchstens auf Grund besonderer Vereinbarungen z. B. auf Grund der Vereinbarung, daß Aufwendungen besonders ersetzt werden, oder aus sonstigen accidentellen Umständen (z. B. der Unternehmer hat im Eigentum des Bestellers stehendes Rohmaterial herauszugeben) notwendig erweisen.[1])

Ergänzt wird die Vorschrift über Rechenschaftsablage durch § 259, dessen Bestimmung dem jetzigen § 666 im I. Entwurf als § 591 Satz 2 angegliedert war.

III. §§ 667, 668. — Nach § 667 hat der Beauftragte alles, was er zur Ausführung des Auftrages erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, dem Auftraggeber herauszugeben. Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er nach § 668 B. G. B. verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen. Die Bestimmungen der §§ 667 und 668, bereits im I. Entwurf enthalten, wiederholen den Satz des römischen Rechtes: Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet. Ihre Beschränkung auf den Geschäftsbesorgungsvertrag rechtfertigt sich in keiner Weise. Auch dem Dienstboten, der zur Erledigung eines Einzelauftrages Geld bekommt, auch dem Taglöhner, der zur Verrichtung seiner Arbeit Geräte erhalten hat, muß die Pflicht der Rückgabe obliegen. Es ist, um die Anwendbarkeit der §§ 667, 668 auf den gewöhnlichen Dienstvertrag darzutun, gar nicht nötig auf etwa erteilte Einzelaufträge Bezug zu

[1]) Lenel a. a. O. S. 38.

nehmen. Soll das Dienstmädchen, welches für eventuell zu machende Einkäufe monatlich eine Bauschsumme ausgehändigt bekommt, etwaige Überschüsse behalten dürfen? Selbst der Unterschied zwischen Werkvertrag und entgeltlichem Auftrag ist bei der Frage, ob die §§ 667, 668 auch für den gewöhnlichen Werkvertrag passen, ohne Bedeutung. Es wird wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß der Unternehmer, der für Herstellung des Werkes Rohstoff oder Werkzeuge bekommen hat, diese oder übrig gebliebenen Rohstoff herausgeben muß.

Die Herausgabepflicht bezüglich dessen, was der Geschäftsbesorger aus der Geschäftsführung erhalten hat, erstreckt sich nur auf dasjenige, was der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn übergeben erhält, was aus der Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn erworben wird. Die Herausgabepflicht auszudehnen auf Extraprovisionen, Trinkgelder und dergl. beruht, wie Oertmann mit Recht hervorhebt, auf einer allzuengherzigen Auslegung der Gesetzesstelle, die weder dem Geist des Gesetzes noch den Intentionen der Beteiligten entsprechen dürfte.[1]) Auf dem liberaleren Standpunkte steht auch das Reichsgericht. (R. G. 55, 86.)

§ 15.

Pflichten des Geschäftsherrn (§§ 669, 670).

Die Vorschußleistungs- und Auslagenerstattungspflicht enthielten schon die §§ 594, 595 des I. Entwurfes. Im Anschluß daran war im § 595 Abs. 2 und 3 die Pflicht des Geschäftsherrn, aufgewendetes Geld zu verzinsen und den Beauftragten von einer etwa eingegangenen Verbindlichkeit zu befreien, ausgesprochen. Die Be-

[1]) Oertmann a. a. O. § 667, 2c; vgl. die Zusammenstellung der Ansichten in dieser Frage bei Staudinger a. a. O. zu § 667.

stimmungen der §§ 594, 595 gingen nahezu unverändert in das Gesetz über, die Vorschriften des § 595 Abs. 2 und 3 enthalten jetzt die §§ 256, 257.

Nach den Motiven soll § 669 dem Beauftragten kein klagbares Recht auf Vorschußleistung geben.[1]) Die Begründung der Motive für diesen Satz, derselbe ergebe sich aus der Natur des Mandates, insbesondere aus dessen Widerruflichkeit, dürfte schon für den Auftrag nicht allgemein zutreffen,[2]) versagt aber wohl völlig in den Fällen der entgeltlichen Geschäftsbesorgung. Man wird deshalb nach dem Vorgange des römischen Rechtes (l. 12 § 17. D. 17, 1) Klagbarkeit des Vorschußanspruches annehmen müssen. Da dem Geschäftsführer das Recht, die weitere Geschäftsbesorgung bis zur Vorschußleistung zu verweigern, kaum zu bestreiten sein wird, dürfte die Klagbarkeit der Vorschußleistung von verhältnismäßig geringer praktischer Bedeutung sein; der Geschäftsführer wird eben in der Regel zu dem einfacheren Mittel der Leistungsverweigerung greifen.[3])

[1]) Mot. II, S. 540.

[2]) Vgl. Oertmann zu § 669, 5a.

[3]) Mit Entschiedenheit bekämpft die Klagbarkeit des Vorschußleistungsanspruchs Goldmann-Lilienthal (a. a. O. § 186 Anm. 6). Der Dienstschuldner habe, führt er aus, keinen klagbaren Anspruch gegen den Dienstberechtigten auf Annahme der Dienste. Habe der Dienstberechtigte in irgend einer Weise bei Leistung der Dienste mitzuwirken, so könne er hierauf nicht verklagt werden, die Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit begründe vielmehr nur den Gläubigerverzug (§ 615). Dies gelte auch für seine Verpflichtung zur Vorschußleistung. Gegen Goldmann-Lilienthals Ausführungen läßt sich einwenden, daß die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Vorschußleistung nicht nur rein tatsächlich und äußerlich mit der vom Geschäftsbesorger geschuldeten Leistung zusammenhängt, wie etwa das Kommen der Kinder zum Unterricht mit der Verpflichtung des Lehrers, sondern daß dieselbe eine vom Gesetz ausdrücklich aufgestellte Verpflichtung darstellt. Aus einer Rechtspflicht aber gewährt, wie Oertmann hervorhebt (a. a. O. § 669, 5a), das moderne Recht, von ganz besonderen Fällen abgesehen, das Rechtsschutzmittel der Klage.

Die Verpflichtung des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer die gemachten Aufwendungen innerhalb der Grenzen des § 670 zu ersetzen, entspricht vollkommen dem Wesen der Geschäftsbesorgung als Tätigkeit zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges für den Geschäftsherrn. Es kann demjenigen, der zur Erreichung eines bestimmten Zieles lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, nicht zugemutet werden, etwa notwendige Auslagen aus eigener Tasche zu bestreiten, selbst dann nicht, wenn die Geschäftsbesorgung entgeltlich erfolgt. In diesem Falle wird ja die Vergütung nur für die Arbeit gewährt, etwaige Vermögensopfer werden durch dieselbe, von entgegengesetzter Vereinbarung im einzelnen Falle abgesehen, nicht ersetzt. Dem entspricht es als folgerichtig, daß der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen dem Geschäftsführer beim Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung selbst dann zusteht, wenn der Erfolg nicht eintritt. Der Geschäftsbesorger erhält also in diesem Falle zwar kein Entgelt, wohl aber Ersatz seiner Auslagen.

Die Frage, ob die Beschränkung der Vorschriften der §§ 669, 670 auf die Geschäftsbesorgungsverträge gerechtfertigt sei, ist für den gewöhnlichen Dienstvertrag wohl allgemein zu verneinen. Zwischen diesem und dem Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung besteht ja kein innerer Unterschied. Bei beiden Verträgen ist Tätigkeit und nur Tätigkeit versprochen, die Aufwendungen stellen sekundär hinzutretende Leistungen des Verpflichteten dar. Wenn Lenel sagt, die Pflicht des Geschäftsherrn zur Erstattung der Aufwendungen habe keinen Sinn, wenn man (beim gewöhnlichen Dienstvertrag) von den erteilten Einzelaufträgen absehe, so ist dies zweifellos im allgemeinen richtig, schließt aber nicht aus, daß die Erstattungspflicht dem Dienstberechtigten auch in dem allerdings schwer denkbaren Fall obliegt, daß der Verpflichtete außerhalb eines Einzelauftrages Aufwendungen gemacht hat.

Wesentlich anders beantwortet sich die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 669, 670 auf den gewöhnlichen Werkvertrag. Der Unterschied von entgeltlichem Auftrag und Werkvertrag wird hier bedeutungsvoll. Der Unternehmer hat den Erfolg versprochen. Er hat für denselben nicht nur Arbeit sondern auch Kapital aufzuwenden. Die Vergütung wird für das fertige Werk, also für beide Produktionsfaktoren, gewährt. Die Aufwendungen sind deshalb nur dann zu ersetzen, wenn dies besonders vereinbart ist oder wenn sie, auch ohne besondere Vereinbarung, bei der Festsetzung der Vergütung offensichtlich nicht berücksichtigt wurden.[1])

Ein Schaden, den der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung erleidet, fällt nicht unter den Begriff der Aufwendungen und ist nur dann zu ersetzen, wenn den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft. Die I. Kommission lehnte es ausdrücklich ab, eine Schadensersatzbestimmung aufzunehmen,[2]) auch die II. Kommission gab entsprechenden Anträgen nicht statt.[3]) Über das Bürgerliche Gesetzbuch hinausgehend gibt § 110 des H. G. B. dem geschäftsführenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft gegenüber der Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, den er unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, erleidet.

---

[1]) Umgekehrt erklärt Kipp (a. a. O. S. 676) § 670 für anwendbar auf jeden Werkvertrag und weist nur darauf hin, daß möglicherweise die Auslagen des Unternehmers in der Vergütung inbegriffen sein können. Allgemein bejaht die Frage der Anwendbarkeit Hachenburg a. a. O. S. 23/24.

[2]) Mot. II, S. 541.

[3]) Prot. II, S. 367 ff.

§ 16.

Beendigung der Verträge des § 675 (B. G. B. §§ 671 Abs. 2, 672—674; K. O. § 23 Abs. 2).[1])

I. Tod des Geschäftsherrn.

Der gewöhnliche Dienstvertrag erlischt nur dann mit dem Tode des Dienstherrn, wenn die Dienste höchst persönlicher Art sind wie z. B. die Dienste einer Krankenpflegerin. In anderen Fällen geht der Anspruch des Berechtigten auf die Erben über. Auch der gewöhnliche Werkvertrag besteht nach dem Tode des Bestellers weiter, es sei denn, daß das Werk für dessen Person gefertigt werden soll, z. B. ein beim Zahnarzt bestelltes Gebiß.[2]) Es ist also durch § 672, nach welchem der Geschäftsbesorgungsvertrag im Zweifel nicht durch den Tod des Geschäftsherrn erlischt, ein Unterschied zwischen dem Dienst- und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung und dem gewöhnlichen Dienst- und Werkvertrag nicht begründet. Die Besonderheit des § 662 liegt in Satz 2: Der Geschäftsbesorger hat, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortzusetzen, bis der Erbe (oder der gesetzliche Vertreter) des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag soll insoweit als fortbestehend gelten. Aus dem Wesen der Geschäftsbesorgungsverträge rechtfertigt sich diese Vorschrift vollkommen. Sie will verhindern, daß durch die Auflösung des Vertragsverhältnisses der Erfolg, für den der Geschäftsführer tätig ist, in Frage gestellt wird. Daraus folgt ohne weiteres, daß überall da, wo auf Grund eines bestehenden gewöhnlichen Dienstvertrages durch Einzelauftrag dem Verpflichteten Tätigkeit für ein be-

[1]) Vgl. zu dem Folgenden die vielfach abweichenden Ausführungen Hachenburgs a. a. O. S. 24 ff.

[2]) Vgl. Cosack a. a. O. S. 541. (Unmöglichwerden der Leistung!)

stimmtes Ziel befohlen ist, eine analoge Anwendung des § 672 Satz 2 sich nicht umgehen läßt. Der Privatsekretär, dem sein Herr die Erwirkung eines Zahlungsbefehles auf eine unmittelbar vor der Verjährung stehende Forderung aufgegeben hat, wird das Geschäft auch dann noch erledigen müssen, wenn sein Vertrag durch den Tod des Herrn erloschen ist. Wie auf den Dienstvertrag, läßt sich auch auf den Werkvertrag § 672 Satz 2 aus den gleichen Erwägungen unbedenklich anwenden.

Nachdem der Tod des Geschäftsherrn den Auftrag nicht beendigt, war es konsequent, auch der eintretenden Geschäftsunfähigkeit des Berechtigten eine den Vertrag aufhebende Wirkung nicht zuzuschreiben.[1]) Der Anwendung dieser Rechtsregel auf den gewöhnlichen Dienst- und Werkvertrag dürften Bedenken kaum entgegenstehen.[2])

II. Tod des Geschäftsführers.

Nach § 673 sollen Dienst- und Werkverträge auf Geschäftsbesorgung im Zweifel durch den Tod des Geschäftsführers erlöschen. Für den Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung stellt dies keine Besonderheit gegenüber dem gewöhnlichen Dienstvertrage dar. Bei beiden Verträgen wird ja persönliche Tätigkeit geschuldet. Die Auszeichnung der Geschäftsbesorgungsverträge liegt auch für den § 673 in Satz 2. Der Erbe des Verpflichteten soll den Tod des Geschäftsführers dem Auftraggeber anzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäftes fortsetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag soll insoweit als fortbestehend gelten. Die hier normierte Verpflichtung des Erben will das Interesse des Geschäftsherrn schützen,

[1]) Mot. II, S. 548/49 (zu § 600 des I. Entwurfes).
[2]) Vgl. Kipp a. a. O. S. 676.

welches durch die Unkenntnis des Geschäftsführers vom Tode des Beauftragten und durch die Unmöglichkeit, sofort einen Ersatz für den Geschäftsführer zu finden, bedroht ist. Eine solche Gefährdung des Interesses des Berechtigten ist naturgemäß bei allen Arbeitsverträgen vorhanden; eine Verpflichtung des Erben zur Weiterführung des Geschäftes setzt freilich voraus, daß die Tätigkeit des Verstorbenen auf einen bestimmten Erfolg gerichtet war (also auch hier wieder „Geschäftsbesorgung"!). Eine analoge Anwendung des § 672 Satz 2 auf den gewöhnlichen Dienstvertrag läßt sich demnach kaum vermeiden.

Beim Werkvertrag ist im Gegensatz zum entgeltlichen Auftrag und zum Dienstvertrag ein Werk versprochen, also etwas Unpersönliches. Es ist deshalb kein Grund für ein Erlöschen des Werkvertrages durch den Tod des Unternehmers gegeben, wenn nicht besondere Umstände dies bedingen.[1]) Erlischt der Werkvertrag ausnahmsweise durch den Tod des Unternehmers, so dürfte § 673 Satz 2 entsprechend anwendbar sein.

III. Die Vorschrift des § 671 Abs. 2 ist durch die besondere Natur des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht bedingt, sie versteht sich eigentlich von selbst und paßt auf jeden Dienst- und Werkvertrag.

IV. Konkurs des Geschäftsherrn.

Während § 22 K. O. für einen großen Teil der Dienstverträge dem Verpflichteten für den Fall der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Berechtigten ein Kündigungsrecht einräumt, läßt § 23 mit diesem Ereignisse den Dienst- und Werkvertrag auf Geschäftsbesorgung in gleicher Weise wie den Auftrag erlöschen. Die Gründe für Aufstellung dieser Vorschrift

[1]) A. M. Kipp, nach dem im Zweifel der Werkvertrag durch den Tod des Unternehmers erlischt und nur auf Grund besonderer Umstände z. B. dauernden Gewerbebetriebes fortbesteht.

liegen, wie Lenel[1]) mit Recht hervorhebt, in dem Anspruch des Geschäftsführers auf Erstattung der Aufwendungen, welche er nach Eröffnung des Konkurses gemacht hat. Es fragt sich nämlich, wie die Motive II, S. 552 ausführen, ob die Konkursmasse und, wenn nicht, ob der Auftraggeber (Gemeinschuldner) durch die Handlungen des Beauftragten nach der Konkurseröffnung verpflichtet werde. Die durchgreifende Regel des § 23 soll alle Schwierigkeiten beseitigen. Folgerichtig wird aus den angegebenen Gründen ein Vertrag, der sich nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht, durch die Konkurseröffnung nicht berührt. Ausgehend von dem oben S. 69 aufgestellten Satze, daß eine Auslagenerstattungspflicht des Dienstberechtigten bei allen Dienstverträgen gegeben ist, wird man § 23 Abs. 2 für anwendbar auch auf die gewöhnlichen Dienstverträge erachten müssen, soweit dieselben nicht unter die spezielle Vorschrift des § 22 fallen. Auf Werkverträge hingegen, die nicht auf Geschäftsbesorgung gerichtet sind, erscheint eine Anwendung des § 23 Abs. 2 nicht geboten; für sie genügt § 17 K. O.

V. § 674 schreibt vor, daß im Falle des Erlöschens des Geschäftsbesorgungsvertrages in anderer Weise als durch Widerruf der Vertrag zu Gunsten des Geschäftsführers gleichwohl als fortbestehend gelten soll, bis der Geschäftsführer von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß.[2]) Die Anwendung dieser Bestimmung auf den gewöhnlichen Dienst- und Werkvertrag wird kaum Bedenken unterliegen.

[1]) Lenel a. a. O. S. 38, Anm. 2.

[2]) Bezüglich des Fortbestehens einer mit der Geschäftsbesorgung etwa verbundenen Vollmacht vgl. §§ 168, 169; die auf Grund der Vollmacht vorgenommenen Handlungen sind im Fall des § 23 K. O. der Konkursmasse gegenüber wirksam (vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VII, S. 240).

§ 672 Satz 2 sowie § 674 finden nach § 23 Abs. 1 Satz 2 der K. O. entsprechende Anwendung für den Fall, daß der Vertrag durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsherrn erlischt. Hat nun der Geschäftsführer, weil mit dem Aufschub Gefahr verbunden war, die Geschäftsbesorgung gemäß § 672 Satz 2 nach der Konkurseröffnung fortgesetzt, so kommt die Fortsetzung der Geschäftsführung der Konkursmasse zu gute. Man hat deshalb dem Geschäftsführer in Ansehung der nach Eröffnung des Verfahrens durch seine Tätigkeit begründeten Ersatzansprüche die Stellung eines Massegläubigers eingeräumt. Hat der Geschäftsführer nach der Konkurseröffnung die Geschäftsbesorgung fortgesetzt, weil er von der Konkurseröffnung nichts wußte, so hat er hinsichtlich der nach der Konkurseröffnung entstandenen Ersatzansprüche die Stellung eines Konkursgläubigers. K. O. § 27. (Bezüglich der Begründung s. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. VII S. 239 und 240; vgl. auch Prot. II, S. 374 ff.)